Die Besitzentwendung (Pfandkehr) nach geltendem Recht, verglichen mit den Entwürfen

(Vergehen nach § 289 RStGB.)

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eduard Kammerl
aus München
Referendar am Amtsgericht München

Approbiert am 20. Januar 1930

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1930

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler.

Meinen Eltern!

Inhaltsübersicht.

I. Teil:

Einleitung.

Die Geschichte der Besitzentwendung.

Der Tatbestand des nach geltendem Recht in § 289 RStGB. behandelten Vergehens hat im Laufe der Rechtsentwicklung durch die einzelnen Gesetzgebungen eine sehr verschiedene Behandlung erfahren. Es findet sich in seinen Grundgedanken sowohl im römischen wie auch im deutschen Recht. Um das Wesen unseres Delikts, seine Behandlung im geltenden Recht und besonders seine Weiterbildung in den Entwürfen entsprechend würdigen zu können, ist es deshalb angebracht, einen kurzen Ueberblick über seine geschichtliche Entwicklung vorauszuschicken.

§ 1. Die historische Entwicklung im römischen Recht.

Im römischen Recht stellte sich die Besitzentwicklung als ein Fall des furtum dar. Dieses furtum hatte seinen Ausgangspunkt im Delikt des „fur, qui alienam rem adtrectavit".[1]) Aus diesem bloßen Schutz des Eigentums erfolgte mit der Entwicklung und Ausbildung des Sachenrechts der Römer auch der Schutz der einzelnen dieser Rechte. Es fand also im Laufe der Rechtsentwicklung, ausgehend vom oben erwähnten Begriff des fur, eine Erweiterung zum Begriff des furtum statt, die in der Legaldefinition des Paulus[2]) „furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve" ihren Abschluß findet. In dieser Definition ist das Tatbestandsmerkmal der Sache als einer fremden fortgefallen. An die Stelle des einfachen Begriffs des Diebstahls nach den älteren Begriffsbestimmungen ist jetzt ein System von verwandten Delikten getreten, welche alle gleichartige und entsprechende Tatbestandsmerkmale aufweisen, und zwar fallen unter den Begriff des furtum außer dem Diebstahl folgende hier interessierende Fälle[3]):

[1]) Definition des Sabinus. Gellius, Noctes Atticae lib. XI 18, §§ 20, 21.
[2]) fr. 1, 3 Dig. 47, 2.
[3]) Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts. S. 9 ff.

1. Die Entziehung einer verpfändeten Sache aus dem Gewahrsam des Gläubigers durch den Eigentümer.[4])
2. Die Veräußerung der durch Vertrag verpfändeten Sache durch den Eigentümer.[5])
3. Die heimliche Wegnahme der Sache durch den Eigentümer aus dem Besitz des Berechtigten, der wegen bestimmter Ansprüche ein Retentionsrecht hat. (Dabei ist zu beachten, daß in den Quellen das Retentionsrecht als Quasipignus bezeichnet wird. Es wurde das Retentionsrecht dem dinglichen Pfandrecht an die Seite gestellt und auch als dingliches behandelt.) [6])

Im römischen Recht bildete sich also im furtum ein Begriff, der alle Fälle umfaßte, in denen die Ausübung eines dinglichen Rechts durch „Entwendung" vereitelt wurde. Der Ausdruck Entwendung muß dabei im Sinne Windscheids jede arglistige, d. h. bewußt widerrechtliche Behandlung einer körperlichen, beweglichen Sache umfassen, die in der Absicht geschieht, sich dadurch zu bereichern.[7])

Den Charakter des furtum als Oberbegriff verkennt Schirmer[8]), wenn er schreibt: „Die ganze Einteilung in furtum rei, usus und possessionis ist absolut zu verwerfen, da sich an dem Tatbestand des furtum nichts Wesentliches ändert, wenn auch die Absicht des Entwenders nicht darauf gerichtet war, sich die betreffende Sache der Substanz nach anzueignen, sondern dieser sich nur Besitz und Gebrauchsmöglichkeit an derselben verschaffen wollte." Dies hat seinen Grund wohl darin, daß sich infolge der Lehren der Glossatoren und der germanischen Rechtsgewohnheiten, unter welchen die italienischen Praktiker aufwuchsen, der Begriff des furtum im Laufe der Rechtsentwicklung zu dem unklaren Begriff der „Besitzstörung" [9]) schlechthin umbildete, und das Wesentliche außer acht gelassen wurde, nämlich den Charakter des furtum als Oberbegriff im Sinne Windscheids aufzufassen. Die oben angeführten drei Fälle der Besitzentwendung wurden im gemeinen Recht nicht, wie es ihrem Wesen entsprochen hätte, als „verwandte Fälle" des Diebstahls unter dem gemeinsamen Oberbegriff des furtum behandelt, sondern als „Unterbegriffe des Diebstahls". Daraus erklärt sich im gemeinen Recht und den darauf aufgebauten Gesetzen die Anlehnung unseres Delikts an die zu engen Tatbestandsmerkmale des Diebstahls.

---

[4]) Gaius III 200, 204; L 20 D. h. 1; L 10 § 5, 47, 2; L 15 pr. D. h. 1.

[5]) L 19 § 6 D. h. t; L 14 § 1 D. h. t.; L 67 pr. D. h. t.

[6]) L 15 § 2 D. h. t.; L 14 § 1 D. h. t.; L 60 D. h. t.

[7]) Windscheid, Pandekten Bd. 2, § 452.

[8]) In Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 5, S. 218.

[9]) Lenz a. a. O. S. 64.

§ 2. Die Entwicklung nach deutschem Recht.

I. Von den ältesten germanischen Rechten bis zum Allgemeinen Landrecht.

Im Gegensatz zur eben angeführten Entwicklung im gemeinen Recht hat das deutsche Recht das selbständige Delikt der „Pfandkehrung" für diese Fälle ausgebildet. Diese war schon im älteren deutschen Recht bekannt; sie wird zuerst in den Volksrechten erwähnt. Der älteste Fall eines der Pfandkehr ähnlichen Tatbestandes war der Hürdenbruch. Wenn nämlich Vieh auf fremdem Grund und Boden Schaden anrichtete, so konnte der geschädigte Eigentümer dasselbe töten oder nach der späteren Rechtsentwicklung es in seine Hürde treiben. Trieb nun der Eigentümer des Viehs dieses wieder aus der Hürde, so wurde er bußfällig. Diese Strafbestimmung findet sich schon in der Lex Salica.[10]) Ebenso auch in der Lex Burgondiorum Tit. XXIII und im Edictus Rothari.[11]) Behandlung der Verletzung eines vertragsmäßig bestellten Pfandrechts enthalten ferner auch noch die Lex Wisigothorum VI, 6, 2, obwohl diese, da sie wahrscheinlich römischen Ursprungs ist, als einheimische Rechtsquelle nicht zu gelten hat, und die angelsächsischen Gesetze.[12]) Eine Weiterentwicklung findet sich in den langobardischen Königsdelikten. Die Pfandkehrung erscheint in den ältesten germanischen Rechten als ein bußwürdiges Vergehen, durch das der Gewahrsam des Gläubigers am gegebenen oder genommenen Pfand verletzt wird. Diese Buße fiel regelmäßig dem Gläubiger zu.

Auch den Rechtsbüchern ist die Pfandkehrung als bußfällige Handlung bekannt. Ebenso kennen die Stadt-[13]) und Landrechte diese in den verschiedenartigsten Formen. Dabei sprechen die älteren noch von Bußfälligkeit, während die jüngeren schon von „peen, bannus, gestraft werden" sprechen und die jüngsten das Delikt im Gegensatz zu den älteren, die nur die Geldstrafe kannten, schon mit einer Freiheitsstrafe „turn legen" ahnden. Es ist dies eine Folge der zu dieser Zeit durchdringenden Auffassung, daß der Gläubiger nicht mehr kraft eigenen Rechts, sondern durch Gestattung des Gesetzes und der Obrigkeit pfände. Daher erscheint auch der Charakter der Pfandkehrung, welche sich gegen dieses Recht richtet, nicht mehr als ein Vergehen gegen ein Recht des Gläubigers, sondern als ein Bruch der öffentlichen Ordnung. Als Folge davon entstand aus der Buße, die an den Gläubiger zu entrichten war, in den jüngeren Rechtsquellen bereits die durch den Staat auferlegte und dem Staat zu leistende Geldstrafe oder auch die Freiheitsentziehung gegen den Friedensbruch. Das römische und das deutsche Recht standen

---

[10]) Cap. IX; § 8 (erster Pardessus'scher Text bei Behrend).
[11]) Cap. 380, 383.
[12]) Besonders die Leges Henrici Primi.
[13]) So handeln z. B. die alten Statuten der Stadt Augsburg von 1276 von der Pfandkehrung im 353. Kapitel. (Walch, Vermischte Beiträge zum deutschen Recht. Jena 1774.)

sich also in bezug auf die Auffassung der Pfandkehr als selbständiges Delikt schroff gegenüber. Infolge der Rezeption des römischen Rechts wurde aber die deutschrechtliche Entwicklung der Pfandkehrung abgebrochen und man beschränkte sich in „Doktrin und Praxis" des gemeinen Rechts auf die Fälle des römischen Rechts.[14])

Aus dieser Entwicklung heraus, erklärte sich auch die bestrittene Frage, ob der § 289 RStGB. in seinen Grundbegriffen auf das furtum possessionis zurückzuführen sei oder nicht. Erstere, die herrschende Ansicht, wird vertreten durch Binding[15]) („in seinen Grundgedanken fällt es mit dem römischen furtum possessionis zusammen"), Olshausen[16]) (§ 289 RStGB. behandelt zunächst einen Fall des furtum possessionis, sein Inhalt geht aber weiter), Frank[17]) (entspricht im wesentlichen dem römischen furtum possessionis) und Hälschner.[18]) Alle diese glauben, als Wurzel für das Vergehen aus § 289 RStGB. nur das römische Recht anführen zu müssen, während z. B. Allfeld[19]) die Ursprünge des Vergehens sowohl im römischen wie auch im älteren deutschen Recht sieht. Dagegen wird die Zurückführung unseres Delikts auf das Recht der Römer scharf bekämpft von Lenz[20]), dem sich Stein[21]) in seiner Kritik des Werkes von Lenz angeschlossen hat. Beide wollen vielmehr den § 289 RStGB. allein auf das ältere deutsche Recht zurückführen. Richtig dürfte wohl sein, die Anfänge und Grundgedanken unseres Delikts sowohl im römischen wie im deutschen Recht zu suchen. Dabei müssen wir allerdings Lenz beistimmen, wenn er sagt: „Gerade der dem sog. Delikte der Pfandkehrung zugrunde liegende Gedanke hat im einheimischen Recht einen feineren und konsequenteren Ausbau erfahren, als es nach der gezwungenen Subsumption unter das furtum möglich war." Daß diese Subsumption aber eine Folge des falsch verstandenen „furtum-Begriffs" war, haben wir bereits oben dargelegt.

Als Folge der Entwicklung unseres Delikts im gemeinen Recht entstand die Fassung der §§ 1108 ff. und besonders des § 1110 Allg. Landr. II 20, 15, der als Diebstahl bestraft, wenn jemand seine eigene Sache einem anderen, welchem ein Recht auf deren Besitz, Genuß oder Verwahrung zukommt, in der Absicht, zum Schaden desselben sich Vorteile zu verschaffen, entwendet.

II. Vom Allgemeinen Landrecht bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871.

Die dem Allgemeinen Landrecht folgenden partikulären Strafgesetzbücher Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts zeigen

---

[14]) Lenz a. a. O. S. 65.
[15]) Binding, Lehrbuch I 2, S. 318.
[16]) Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch 2. Bd., § 289, 11. Aufl.
[17]) Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, § 289, S. 639.
[18]) Gemeines deutsches Strafrecht Bd. 2, S. 338.
[19]) Lehrbuch S. 456.
[20]) Lenz a. a. O. S. 19 ff.
[21]) Stein, Gerichtssaal Bd. 49, S. 380.

das Bestreben, sich von der gemeinrechtlichen Entwicklung loszulösen und eine Trennung der im römischen Recht unter dem Oberbegriff des furtum zusammengefaßten Delikte herbeizuführen. Diese Trennung erfolgte vor allem zwischen dem Delikt des Diebstahls und dem diesem verwandten Vergehen der Besitzentwendung. In allen diesen Gesetzbüchern hat der Grundgedanke dieses letzteren Delikts Aufnahme gefunden, und nur die Einreihung unter bestimmte Oberbegriffe ist eine verschiedene. So bestimmt das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 im Art. 211: „Die widerrechtliche Wegnahme der eigenen Sache aus dem Besitz des Nutznießers, Pfandgläubigers oder desjenigen, welcher an der Sache ein Zurückbehaltungsrecht ausübt, die wissentliche Annahme einer Nichtschuld (u. dgl.) ist nicht als Diebstahl, sondern nach Unterschied der Fälle als Selbsthilfe, Betrug u. dgl. zu beurteilen."

Andere Gesetzbücher, wie z. B. das braunschweigische Kriminalgesetz von 1840 in § 238 und das badische von 1845 in § 462 ff bestrafen vom Gesichtspunkt des Betrugs aus. Das sächsische Strafgesetzbuch von 1855 bestraft in Art. 310 in solchen Fällen ebenfalls wegen Betrugs. Dagegen subsumieren das oldenburgische Strafgesetzbuch von 1814 (Art. 216) und das Kriminalgesetzbuch für Hannover von 1840 (Art. 281) die Pfandkehr noch unter den Diebstahl.

Als erstes deutsches Strafgesetzbuch behandelt das preußische Strafgesetzbuch von 1851 die Besitzentwendung als gesondertes Delikt.

In den Motiven[22]) zu diesem Strafgesetzbuch wird erwähnt: „Die Entwendung der eigenen Sache kann nach dem im Entwurf festgehaltenen deutsch-rechtlichen Begriff des Diebstahls, welcher eine fremde Sache voraussetzt, niemals als eigentlicher Diebstahl betrachtet werden. Dennoch besteht zwischen beiden Verbrechen eine große Aehnlichkeit, besonders sobald gewinnsüchtige Absicht vorliegt." Es wird also hier an einem delictum sui generis für die Besitzentwendung festgehalten, wobei aber doch noch eine starke Anlehnung an den Diebstahlsbegriff zum Ausdruck kommt.

§ 271 des Strafgesetzbuches von 1865 lautet:

> „Wer seine eigene bewegliche Sache dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache das Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt oder wegzunehmen versucht, wird mit Gefängnis von 1 Woche bis zu 3 Jahren bestraft; auch kann gegen denselben auf zeitige Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden."

Unser heutiges Strafgesetzbuch von 1871 lehnt sich hinsichtlich unseres Delikts ebenfalls noch an den Tatbestand des Diebstahls an. Jedoch ist der Tatbestand gegenüber dem § 271 des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 dahin erweitert, daß man nicht nur den

[22]) Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten von 1851, S. 72 (§ 249).

Eigentümer bestraft, sondern auch denjenigen, der die im Besitz des Nutznießers usw. befindliche Sache nicht in seinem eigenen, sondern im Interesse des Eigentümers in rechtswidriger Absicht wegnimmt.[23]) „Denn rücksichtlich des durch eine solche Handlung in seinem Recht verletzten Inhabers der Sache macht es keinen Unterschied, ob die Verletzung von dem Eigentümer selbst oder von einem Dritten ausgegangen ist, und es erscheint darum folgerichtig, einen solchen Dritten mit derselben Strafe zu treffen."[24])

So entstand der § 289 RStGB. in seiner heutigen Fassung:

> „Wer seine eigene bewegliche Sache oder eine fremde bewegliche Sache zugunsten des Eigentümers derselben dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückhaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.
>
> Der Versuch ist strafbar.
>
> Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.
>
> Die Bestimmungen des § 247 Abs. 2 u. 3 finden auch hier Anwendung."

[23]) So auch schon im Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, § 271.

[24]) Siehe dazu Motive zu diesem Entwurf von 1869.

II. Teil.

Behandlung des Delikts im geltenden Recht.

§ 3. Der Name des Delikts.

Im Verlaufe der bisherigen Abhandlung wurde für das Vergehen nach § 289 RStGB. abwechselnd der Ausdruck „Pfandkehr“ und „Besitzentwendung“ gebraucht. Es entsteht nun die Frage, welches der eigentliche Kunstausdruck für unser Delikt ist. Hierbei ist festzustellen, daß dem Vergehen nach § 289 RStGB. der feste Ausdruck im Reichsstrafgesetzbuch fehlt. Dieser Mangel, der auch bei anderen Delikten des Strafgesetzbuches vorkommt, macht sich gerade in der Wissenschaft äußerst unangenehm bemerkbar. So sagt dazu Lenz[1]: „Eine Taufe wäre bei verschiedenen Delikten des Richsstrafgesetzbuches vonnöten, damit der das Wesen bezeichnende Name die so hohlklingende fortwährende Zitierung des Paragraphen ersetzt.“ Dabei muß aber allerdings eine solche Taufe das Wesen des Delikts vollkommen treffen, um nicht noch größere Schwierigkeiten herbeizuführen, die dazu führen könnten, das Gesetz selbst außer acht zu lassen und Schlüsse aus dem neugebildeten Namen zu ziehen, die in keiner Weise mehr zutreffen.

Der gebräuchlichste Ausdruck für unser Delikt ist „Pfandkehr“. Darüber sagt Binding[2]: „Pfandkehr ist der gute deutsche Ausdruck für das Delikt des germanischen Rechts.“ Dieser Ausdruck hat sich auch ziemlich stark eingebürgert. So sagt Frank[3]: „Das gewöhnlich als Pfandkehr bezeichnete Delikt.“ Dagegen hat dieser Ausdruck den Nachteil, daß er nicht genau den Tatbestand des ganzen Delikts umfaßt. Er läßt vielmehr glauben, daß man es im § 289 RStGB. nur mit dem strafrechtlichen Schutz des Pfandrechts zu tun habe, während dieser aber doch auch noch vom Nutznießer, Gebrauchs- und Zurückbehaltungsberechtigten spricht. Wenn auch äußerlich diese Rechte dem Pfandrecht nahestehen, so ist doch ein großer innerer Unterschied vorhanden. Es deckt also die Bezeichnung Pfandkehr den Inhalt des § 289 RStGB. nicht vollkommen, und man müßte eigent-

---

[1] Lenz a. a. O. S. 96, Anm. 4.
[2] Binding, Lehrbuch § 289.
[3] Frank a. a. O. S. 638.

sich auch von Nutzkehr usw. sprechen, womit aber für eine Verdeutlichung nichts gewonnen wäre.

Der zweite hier benutzte Ausdruck „Besitzentwendung“ lehnt sich stärker an das römische furtum possessionis an und wurde wiederholt vom Reichsgericht [4]) als terminus technicus für unser Delikt gebraucht. Aber auch diese Ausdrucksweise ist nicht ganz treffend, denn sie deutet nur das Mittel, nicht aber auch die Angriffsobjekte an, die gerade von bestimmten Rechten zum Besitz gebildet werden. Auch beachtet dieser Ausdruck nicht, daß es sich um einen berechtigten Besitz handeln muß; das gleiche gilt auch für die Benennung „Besitzanmaßung“, wie Hugo Meyer das Delikt tauft. Letzteren Mangel hat zwar Harburger [5]) vermieden, indem er von „Besitzrechtsstörung“ spricht, doch hat sich dieser Ausdruck, da er etwas schwerfällig wirkt, nicht dem Sprachgebrauch des Reichsstrafgesetzbuches eingebürgert.

Durch die Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch ist die Suche nach einem allgemeinen Ausdruck für unser Delikt beendet worden. Diese bezeichnen es nämlich als „Rechtsvereitelung“. Ueber diesen Ausdruck soll unten bei der Behandlung der Entwürfe noch einmal die Rede sein. Solange jedoch in dieser Abhandlung das geltende Recht behandelt wird, sollen auch noch die zwar nicht genau treffenden, aber gebräuchlichsten Ausdrücke „Besitzentziehung“ und „Pfandkehr“ weiter verwendet werden.

§ 4. Die Stellung im Reichsstrafgesetzbuch.

Was die systematische Stellung des § 289 RStGB. betrifft, so findet er sich im 25. Abschnitt unter dem Titel „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse“. Unter diesem Titel sind vom Gesetzgeber verschiedene Delikte normiert, deren gemeinsames Merkmal darin besteht, daß sie in andere Abschnitte des Reichsstrafgesetzbuches nicht hineinpassen. Sie zeigen alle keinen einheitlichen Charakter und sind durch kein wesentliches gemeinsames Merkmal verbunden. Dabei darf aber nicht unbeachtet bleiben, daß das rechtliche Moment der meisten dieser Delikte das des „Eigennutzes“ ist. Doch ginge es zu weit, daraus eine Folgerung für den Tatbestand der Pfandkehr zu ziehen, da der Eigennutz im allgemeinen zwar den Grund der Handlung bildet, begrifflich aber nicht notwendig ist. Die meisten der unter diesem Titel mit Strafe bedrohten Handlungen nehmen dagegen eine Richtung gegen das Vermögen anderer, zeigen aber zugleich auch wieder solche Merkmale, welche sie den abgeschlossenen Begriffen der übrigen Verbrechen und Vergehen gegen das Vermögen nicht gut einreihen lassen. An diese Delikte des strafbaren Eigennutzes reihen sich dann im Reichsstrafgesetzbuch systematisch die Delikte einer Verletzung fremder Geheimnisse an.

[4]) RG. Bd. 7, 325, 13, 435.
[5]) Harburger a. a. O. S. 322.

§ 5. Das Verhältnis des § 289 RStGB. zum furtum possessionis.

Da die Besitzentwendung in ihren Anfängen im römischen Recht auf das furtum possessionis zurückgeht, ist es nicht uninteressant, einen Vergleich zwischen diesem und dem heutigen Delikt der Besitzentziehung anzustellen. Es wäre falsch, wenn man den § 289 RStGB. mit dem furtum possessionis des römischen Rechts identifizieren wollte; denn der Begriff des letzteren war im Vergleich zur Besitzentwendung nach geltendem Recht insofern weiter gefaßt, als eine eigentlichen Wegnahme noch nicht erfolgt zu sein brauchte, wenn der juristische Besitz auch nur durch constitutum possessorium dem Berechtigten übertragen war; vielmehr genügte sogar der bloße Verkauf einer speziell verpfändeten Sache, ohne daß die Tradition an den Käufer erfolgt war.[6]) Dagegen war der Begriff des furtum possessionis gegenüber dem § 289 RStGB. insofern enger, als das Gebrauchsrecht des Commodatars nach römischem Recht Angriffsobjekt des furtum war, wohl aber sein Retentionsrecht wegen Verwendungen.[7]) Gegenüber dem römischen furtum possessionis ist der Tatbestand des § 289 RStGB. auch noch dadurch erweitert, daß danach neben dem Eigentümer, der das an seiner Sache bestehende Besitzrecht eines Dritten durch Wegnahme in rechtswidriger Absicht verletzt, auch der bestraft wird, welcher die im Besitz des Nutznießers usw. befindliche Sache nicht in seinem eigenen, sondern im Interesse des Eigentümers wegnimmt. Allfeld (Lehrbuch S. 465) sagt dazu: „Genannt sind dieselben Fälle wie im heutigen Recht, wozu noch die Entziehung aus der bonae fidei possessio kommt.“ [8])

§ 6. Die Angriffsobjekte.

Das Vergehen nach § 289 RStGB. richtet sich gegen bewegliche Sachen, an welchen ein Pfand-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Retentionsrecht besteht. Und zwar können es bewegliche Sachen sein, die dem Täter selbst gehören, oder aber solche, die ihm fremd sind. Der Begriff „bewegliche Sachen“ ist hier im natürlichen Sinn zu verstehen. Es fallen darunter also z. B. auch das Zubehör von Grundstücken (RG. 18, 128) und Bodenerzeugnisse, soweit nicht die Feld- und Forstpolizeigesetze Sonderregeln enthalten (RG. 35, 67).

Ob „Sache“ entsprechend dem § 90 BGB., der freilich für das Reichsstrafgesetzbuch nicht bindend ist, oder im natürlichen Sinn des Wortes aufzufassen ist, ist bestritten. v. Bülow führt dazu aus[9]): „Entscheidend ist nur der natürliche, der Sprache des Volkes entsprechende Sinn des Wortes, und dieser setzt Körperlichkeit des Gegen-

[6]) L. 67 pr. Dig. d. f. 47, 2.

[7]) L. 60 Dig. d. f.

[8]) Vgl. dazu Wendt; Iherings Jahrbuch 1883, S. 108.

[9]) In Goltdammers Archiv Bd. 45, S. 321; ebenso auch Harburger a. a. O. S. 189.

standes voraus." Danach fallen also alle Tatbestände, bei denen Objekte der geschützten Rechte unkörperliche Gegenstände, z. B. Forderungen, sind, nicht unter § 289 RStGB. Diese werden jedoch mit umfaßt, wenn sich das Pfandrecht oder ein anderes der geschützten Rechte auf die Urkunden erstreckt, die diese Rechte beweisen sollen.

Völlig scheiden dagegen in § 289 RStGB. die unbeweglichen Sachen aus. Da nach geltendem Recht nur die Wegnahme, nicht auch die Zerstörung der Sache bestraft wird, ist diese Einschränkung, die in den Entwürfen mit Recht fallen gelassen wurde, erklärlich. Doch werden, da es sich im Strafgesetzbuch um bewegliche Sachen im natürlichen Sinn handelt, auch Teile einer unbeweglichen Sache durch Trennung zu einer beweglichen gemacht und genießen dann den Schutz des § 289 RStGB.

Wie schon oben bemerkt, ist nicht jeder Besitz geschützt, den der Besitzer auf irgendeine Art erlangt hat, sondern nur der Besitz, der auf Grund eines Pfand-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts besteht. Der Angriff des Täters richtet sich also gegen das aus einem dieser Rechte hervorgehende Recht auf den Besitz.[10]) Dieser Ansicht schloß sich auch das Reichsgericht Bd. 3, 277 an, und führt dort folgendes aus: „§ 289 RStGB. schützt nicht den Besitz als solchen, sondern — und auch das nur in den dort bezeichneten Fällen — den Besitz, welcher auf einem Recht zum Besitz beruht."

Weiterhin auch noch RG. 9, 730: „Diese Strafvorschrift hat den Zweck, das Besitzrecht des Pfandgläubigers, Nutznießers usw. an den seinem Recht unterworfenen Sachen gegen rechtswidrige Angriffe seitens des Eigentümers zu schützen."[11])

Selbst wenn der eigentlich zum Besitz Berechtigte diese Sache einem Dritten zur Aufbewahrung gegeben hat und diesem wird die Sache entwendet, dauert der Schutz noch fort, wenn der Täter nicht die Absicht hat, sie dem Besitzberechtigten selbst zu bringen.[12])

Da es sich bei allen diesen Besitzrechten der Pfandkehr um Privatrechte handelt, so ist auch für die Anwendung des § 289 RStGB. zu prüfen, ob die Forderungen, die den betreffenden Rechten zugrunde liegen, zu Recht bestehen, und ob die zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte rechtsgültig sind. Dient das Recht (so z. B. ein Pfand oder Zurückbehaltungsrecht) nur zur Sicherung anderer Rechte, so bildet das Bestehen eines zu schützenden Anspruchs die notwendige Voraussetzung für jenes; ohne einen solchen Anspruch kann das akzessorische Recht nicht bestehen. Demnach fehlt es an einem durch § 289 RStGB. geschützten Recht, wenn das Rechtsgeschäft, aus dem der zu schützende Anspruch erwachsen soll, nichtig ist oder der Gegenkontrahent einseitig und ohne Anrufung des Gerichts davon zurücktreten kann. Dies ist dagegen nicht der Fall, wenn das Rechtsgeschäft, zu dessen Sicherung

[10]) So Binding, Normen Bd. 2, S. 549.

[11]) Dabei braucht das Recht aber kein dingliches zu sein. So RG. 17, 358 und 32, 12.

[12]) Siehe RG. 25, 154.

die Besitzeinräumung geschah oder das Zurückbehaltungsrecht erfolgte, nur anfechtbar ist.

Als hauptsächlichste Quellen für Untersuchungen über diese vier Rechte kommen das Bürgerliche Gesetzbuch und das Handelsgesetzbuch in Betracht. Weiterhin auch das Landesrecht der einzelnen Bundesstaaten, und endlich aus dem öffentlichen Recht die Zivilprozeßordnung, das Binnenschiffahrtsgesetz und das Flößereigesetz.

1. Das Pfandrecht.

Das wichtigste der vier geschützten Rechte ist das Pfandrecht, dessen wirtschaftliche Bedeutung schon in frühester Zeit erkannt wurde und dessen systematische Ausbildung sowohl in den Anfängen des römischen wie des deutschen Rechts zu finden ist und welchem auch schon bald der strafrechtliche Schutz gewährt wurde.

Es findet deshalb auch der § 289 RStGB. im Pfandrecht als verletztem Objekt sein Hauptanwendungsgebiet.

Pfandrecht ist das dingliche Recht an einer fremden, beweglichen Sache, welches dem Gläubiger einer Forderung, zur Sicherung für diese, die Befugnis zur Befriedigung aus der Sache gewährt, also ein zur Forderungssicherung gegebenes dingliches Befriedigungsrecht.

Das Pfandrecht wird entweder durch Vertrag, durch Gesetz oder durch Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung als sog. Pfändungspfandrecht begründet.

1. Das Vertragspfandrecht.
(§§ 1204 ff. BGB.).

Da nach geltendem Recht Pfandkehr nur an beweglichen Sachen möglich ist, kommen hier auch nur die §§ 1204 ff. BGB. in Betracht.

Damit der Schutz des § 289 RStGB. dem Pfandgläubiger zusteht, müssen verschiedene Bedingungen erfüllt sein. Es muß sich zunächst um ein ordnungsgemäßes und rechtmäßiges Pfandrecht handeln. Dieses muß deshalb in der in §§ 1204 ff. BGB. angegebenen Weise begründet werden, da es sonst rechtlich nicht zur Entstehung gelangt. Ob die Verpfändung vom Schuldner oder einem Dritten ausgeht, ist gleichgültig, doch greifen die allgemeinen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb dinglicher Rechte (§§ 932, 1207 BGB.) mit den entsprechenden Ausnahmen auch hier Platz.

Da das Pfandrecht streng akzessorischer Natur ist, muß als weitere Voraussetzung für die Anwendung des § 289 RStGB. eine Forderung vorhanden sein. Daher kann auch eine Pfandbestellung für eine nichtige, z. B. wucherische Forderung nichts nützen. Soll eine Naturalobligation, z. B. aus einem Spiel- oder Differenzgeschäft (§§ 762, 764 BGB.), die Grundlage für die Pfandbestellung bilden, so ist dies unzulässig und es kann daher ein rechtsgültiges Pfand nicht entstehen. Anders ist es dagegen, wenn ein Pfand zur Sicherung eines rechtswirksamen Anspruchs bestellt wurde und die

Klage aus diesem Anspruch nachträglich durch Verjährung ausgeschlossen ist. Dieser Umstand nimmt dem Pfandrecht seine Wirkung nicht und hindert gemäß § 223 BGB. den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen.

2. Das Pfändungspfandrecht.

Es sind hier zwei Arten zu unterscheiden, nämlich das Pfändungspfandrecht, welches im Wege der Zwangsvollstreckung nach §§ 930 ff. ZPO. und das, welches durch Privatpfändung entsteht, soweit die Landesgesetze, deren Vorschriften nach Art. 89 EinfG. zum Bürgerlichen Gesetzbuch hinsichtlich dieser Materie unberührt bleiben, eine Privatpfändung aufrechterhalten wollen.

3. Das gesetzliche Pfandrecht.

Das hier am stärksten interessierende Pfandrecht ist das gesetzliche. Auf dieses finden nach § 1257 BGB. die Vorschriften über das Vertragspfandrecht entsprechende Anwendung, soweit nicht abweichende Regeln vorhanden sind.

Im einzelnen kommen als gesetzliche Pfandrechte in Frage:

a) Nach § 590 BGB. steht dem Pächter eines Grundstücks für die Forderung gegen den Verpächter, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen, ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken zu.

b) Ebenso hat der Unternehmer nach § 647 BGB. für seine Forderung aus dem Werkvertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.

c) An den zur Sicherheitsleistung hinterlegten Geldern oder Wertpapieren, oder wenn diese Gegenstände nach Landesrecht ins Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen, an der Forderung auf Rückerstattung, erlangt der Berechtigte ein Pfandrecht.

Alle bisher erwähnten gesetzlichen Pfandrechte gelangen nur dann zur Entstehung, wenn der Pfandgläubiger in den Besitz der Pfandsache gesetzt wird. Anders dagegen ist es bei den nun zu besprechenden Pfandrechten des Vermieters, Verpächters und Gastwirts. Zu ihrer Entstehung ist kein Besitzerwerb seitens des Pfandgläubigers nötig. Der Besitz des Schuldners bleibt unberührt und nur die Einbringung selbst ist das begründende Moment.

d) Der Vermieter bezw. Verpächter eines Grundstücks hat für seine Miet-(Pacht-)Ansprüche ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters oder Pächters (§§ 559, 558 BGB.). Dieses ist jedoch nicht für alle Forderungen begründet, welche der Vermieter usw. gegen die Person des Mieters geltend machen kann, sondern beschänkt sich auf solche, die aus dem eigentlichen Mietverhältnis herrühren.

Ueber die Auslegung des Begriffs „wegnehmen", über ihre Konsequenzen für das Pfandrecht des Vermieters und die sich daraus ergebende Auffassung des Reichsgerichts siehe unter § 7 dieser Abhandlung (Angriffshandlung).

Dieses Pfandrecht des Vermieters usw. erstreckt sich nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen, wobei sich diese nach § 811 ZPO. bestimmen [13]); dagegen ergreift es auch diejenigen Sachen, welche nach § 803 Abs. 2, § 812 ZPO. nicht gepfändet werden sollen.[14])

Obwohl das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen nicht ohne weiteres mit der Entfernung aus dem Grundstück erlischt, muß man doch schon in dem Entfernen der Sache ein strafbares Wegnehmen erblicken (RG. 25, 220).

e) Der Gastwirt hat nach § 704 BGB. ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes für seine Forderung aus Wohnung und anderen, dem Gast zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährten Leistungen mit Einschluß der Auslagen.

Zu diesen gesetzlichen Pfandrechten des Bürgerlichen Gesetzbuches kommen weiterhin die des Handelsrechts:

Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute (§ 397 HGB.), der Spediteur (§ 410 HGB.), der Frachtführer (§ 440 HGB.) und der Lagerhalter (§ 421 HGB.) an dem den Gegenstand des Vertrags bildendem Gute ein gesetzliches Pfandrecht.

Voraussetzung für diese Pfandrechte ist, daß der Pfandberechtigte das Gut in seinem Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Lade- oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens steht das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs usw. einem nach § 366 Abs. 1 HGB. durch Vertrag erworbenen Pfandrecht gleich (§ 366 Abs. 3).

Erwähnt seien noch die gesetzlichen Pfandrechte des See-, Binnenschiffahrts- und Flößereirechts; so das des Vergütungsberechtigten bei großer Havarie (§ 725 HGB. und § 89 BinSchG.), des Verfrachters beim Güter- und Personentransport (§§ 623, 674 HGB. §§ 77, 26 BinSchG.) und des Lohnberechtigten bei der Bergung und Hilfeleistung in Schiffahrtsnot § 750 HGB., § 57 BinSchG. und § 28 mit § 22 Flößereigesetz).

Als letztes sei noch das gesetzliche Pfandrecht des Fiskus an den unverzollten, in einer öffentlichen Niederlage unter zollamtlicher Aufsicht befindlichen Waren zur Sicherung des Zolls nach § 100 VZG. erwähnt.

II. Das Zurückbehaltungsrecht.

Auch hier ist wieder zu unterscheiden zwischen einem Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und einem solchen des Handelsgesetzbuches (§§ 273, 1000 BGB., §§ 369—372 HGB.). Es

---

[13]) Siehe RG. 31, 310.
[14]) Siehe RG. 38, 172; Goltdammers Arch. 52, 390.

besteht in der Befugnis einer Person eine Leistung, die sie schuldet, zu verweigern, bis eine ihr gebührende Leistung bewirkt wird (§ 273 BGB.).

Als Zurückbehaltungsrecht ist hier (wie aus der Gleichstellung mit dem Pfand- und Nutznießungsrecht hervorgeht) nur dasjenige Recht anzusehen, vermöge dessen der Inhaber einer fremden Sache diese in seinem Gewahrsam behalten darf, bis er wegen einer Vertragsforderung befriedigt wird. Nicht darunter fällt nach herrschender Meinung [15]), entgehen der Ansicht des Reichsgerichts [16]), ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht an Gegenständen, die nach § 811 ZPO. nicht der Pfändung unterworfen sind. Der vom Reichsgericht vertretene Standpunkt dürfte aber unhaltbar sein. Durch die Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Sachen erhält der Vermieter nicht die Befugnis, seine eigenen Leistungen zu verweigern, sondern die, eine fremde Leistung zu fordern. Diese ist aber ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe von Sachen, die im Besitz des Mieters sich befinden, und der Name Zurückbehaltungsrecht paßt auf den erwähnten Anspruch also nicht. Im Entwurf von 1919 wurde dies ausdrücklich anerkannt (siehe weiter unten!).

Im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches steht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB. Es ist dies ein besonderes Recht der Kaufleute aus beiderseitigen Handelsgeschäften.

Auch landesrechtlich kann eventuell auf Grund des Art. 89 EinfG. zum Bürgerlichen Gesetzbuch ein Zurückbehaltungsrecht begründet werden. Im übrigen ist es gleichgültig, ob es auf Gesetz oder Vertrag beruht. Die Begründung eines vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechts auf die nach § 559, Abs. 2 BGB. dem Vermieterpfandrecht nicht unterliegenden Sachen, welche auch einer Pfändung nicht unterworfen sind, wurde vom Reichsgericht ausdrücklich bejaht und der Schutz des § 289 RStGB. darauf anerkannt.

Dagegen entsteht die weitere Frage, ob jemand an einer nicht in seinem Eigentum stehenden Sache ein Zurückbehaltungsrecht durch Vertrag bestellen kann, also die Frage, ob es gleichgültig ist, ob das Zurückbehaltungsrecht dinglicher oder obligatorischer Natur ist. Hier ist zu sagen, daß hinsichtlich der obligatorischen Beziehungen keine Bedenken gegen die Gültigkeit solcher Geschäfte bestehen; aber die Abmachungen wirken nur unter den Parteien; dagegen hat dieses Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem dinglich Berechtigten keine

---

[15]) Allfeld, S. 457, Anm. 10; Frank, § 289 RStGB., Abs. 3; Ebermayer, Komm. § 289 RStGB.; Liszt, § 289 RStGB., Anm. 3; Reichsger.Räte-Komm. zum BGB. § 559, Anm. 4; Planck, § 559 BGB., Anm. 3; Staudinger, § 559 BGB., Anm. V, 4; Oertmann, S. 585.

[16]) RG. 35, 150; 37, 118; gleicher Ansicht Harburger a. a. O. S. 324.

Wirkung. Es kann daher der Eigentümer demjenigen, welchem das Zurückbehaltungsrecht vom Nichtberechtigten eingeräumt wurde, den Besitz entziehen, ohne sich einer Verletzung des § 289 RStGB. schuldig zu machen, weil ihm gegenüber ja kein Zurückbehaltungsrecht besteht. Auch ein Dritter, der zugunsten des Eigentümers in diesem Fall die Sache wegnimmt, kann nicht nach § 289 RStGB. bestraft werden.[17])

III. Die Nutznießung.

Rein äußerlich ist hier vorauszuschicken, daß der Name Pfandkehr hier in bezug auf das Angriffsobjekt nicht paßt und besser als „Nutzkehr" bezeichnet würde. Wie schon oben erwähnt, müßte man aber, wollte man dabei konsequent fortfahren, eigentlich vier Bezeichnungen für die vier Rechte des § 289 RStGB. einführen, was natürlich gerade das Gegenteil der bezweckten Klarheit des Ausdrucks zur Folge hätte.

Unter „Nutznießer" ist im Rückschluß aus § 955, Abs. 2 BGB. derjenige anzusehen, welcher, sei es kraft irgend eines Rechtsverhältnisses, sei es kraft Gesetzes, eine Sache zur Ausübung eines Nutzungsrechts im Besitz hat. Unter Nutzungsrecht ist dann dasjenige Recht zu verstehen, welches gestattet, die Nutzungen, das sind nach § 100 BGB. die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt, zu ziehen. In erster Linie ist als solcher Nutznießer der Nießbraucher anzusehen. Nießbrauch ist nach § 1030 BGB. das Recht, Nutzungen aus einer belasteten Sache zu ziehen. Er kann nach Absatz 2 durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden, muß aber im allgemeinen alle Nutzungen zum Gegenstand haben. Dabei ist in bezug auf § 289 RStGB. zu beachten, daß hierfür nur der Nießbrauch an beweglichen Sachen in Betracht kommen kann.

Als weitere Nutzungsrechte sind diejenigen zu erwähnen, die sich aus dem ehelichen Güterrecht sowie der elterlichen Gewalt des Vaters bzw. der Mutter über das dieser Gewalt unterworfene Kind ergeben. Nun stehen aber die Sachen des letzterwähnten Nutznießungsrechtes im Eigentum des Kindes; auch die Gegenstände, welche der Vater bzw. die Mutter mit Mitteln des Kindes erwerben, gehen mit dem Erwerb in das Eigentum des Kindes über. Die Strafdrohung des § 289 RStGB. richtet sich also gegen das Kind sowie gegen denjenigen, welcher zugunsten des Kindes in das Nutzungsrecht des betreffenden Elternteils eingreift. Aus diesem Grunde wird die Strafdrohung des § 289 RStGB. gegenüber diesen Nutzungsrechten wenig in Betracht kommen, um so mehr, als ein Antrag auf Strafverfolgung notwendig wäre.

Im einzelnen fallen unter diese Arten von Nutzungsrechten das Nutznießungsrecht des Vater aus § 1619 BGB., das ehemännische

[17]) Siehe RG. vom 18. März 1929 in JW. 1929, 2735, mit eingehender Begründung.

Nutznießungsrecht und das aus dem Vor- und Nacherbenverhältnis entstehende.

Als letztes Nutznießungsrecht wäre noch zu erwähnen die Pacht. Diese ist ein Schuldverhältnis, vermöge dessen der Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte während der Pachtzeit hat und dafür den vereinbarten Pachtzins entrichtet (§ 581 BGB.). Sie ist also nach dem Wortlaut des Gesetzes kein einfaches Gebrauchsrecht, sondern auch, und zwar hauptsächlich, Nutzungsrecht im Sinne des § 289 RStGB. Im übrigen finden auch hierfür die beim Nießbrauch angeführten Grundsätze entsprechende Anwendung.

IV. Das Gebrauchsrecht.

Endlich befaßt sich der § 289 RStGB. auch noch mit demjenigen, welchem ein Gebrauchsrecht an der Sache zusteht. Ein solches ist im weitesten Sinne zu verstehen. Ein Unterschied zwischen persönlich, gesetzlich (§§ 743, Abs. 2; 2038, Abs. 2 BGB.) und vertraglich sowie privatrechtlich und öffentlich-rechtlich wird nicht gemacht. Daher steht auch das obligatorische Gebrauchsrecht des Mieters (§§ 535 ff. BGB.) und des Entleihers (§§ 598, 603 BGB.) unter dem Schutz des § 289 RSt.GB.[18])

§ 7. Die Angriffshandlung.

Die Angriffshandlung besteht bei unserem Delikt in einer Wegnahme. Es liegt nun nahe, mit einem anderen Wegnahmebegriff des Strafgesetzbuches, nämlich dem des Diebstahls, analoge Schlüsse zu ziehen. Diese Schlußfolgerung wird auch noch dadurch unterstützt, daß § 289 RStGB. in seinem letzten Absatz sich selbst auf den Diebstahl (§ 247, Abs. 2 u. 3) bezieht und dadurch eine gewisse Gleichheit beider Delikte hervorhebt.

Unter Wegnahme im Sinne des § 242 RStGB. versteht man die Beseitigung des fremden Besitzes (Gewahrsams) und die Erwerbung des eigenen Gewahrsams.

Es ist nun zu untersuchen, ob der Gesetzgeber diesen Begriff der Wegnahme beim Diebstahl auch auf den nach § 289 RStGB. übertragen wissen wollte. Die herrschende Lehre nimmt dies an, wobei sie sich besonders auf den Ursprung und Zusammenhang des § 289 RStGB. mit dem furtum possessionis bezieht. So v. Schwarze: „Wegnahme ist die Entziehung aus dem Gewahrsam, der tatsächlichen Verfügungsgewalt über eine Sache wie beim Diebstahl", und Frank: „Ein durchschlagender Grund, weshalb hier der Begriff des Wegnehmens anders gefaßt werden sollte als beim Diebstahl, ist nicht ersichtlich".

Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts steht hierin im wesentlichen auf dem gleichen Standpunkt wie die herrschende Lehre

[18]) Siehe RG. 17, 358; 32, 15; 37, 129.

und hat über den Begriff der Wegnahme schon eine Reihe von Entscheidungen gefällt. In RG. 25, 115 wird der Begriff „wegnehmen" genau erläutert und darüber folgendes ausgeführt:

> „Unter Wegnehmen ist im allgemeinen die Entfernung einer Sache aus dem Gewahrsam eines anderen zu verstehen, und wie es in dieser Bedeutung nach § 242 RStGB. zum Tatbestand des Diebstahls gehört, so erscheint es gerechtfertigt, dem gleichen Ausdrucke bei der Definierung des im § 289 RStGB. vorgesehenen verwandten Delikts im wesentlichen den gleichen Sinn beizulegen".

In diesem Sinne sind sämtliche übrigen Entscheidungen [19]) ergangen mit zwei Ausnahmen, nämlich RG. 27, 225 und 38, 174, die für eine weitere Auffassung des Begriffs Wegnahme wie die beim Diebstahl zu sprechen scheinen. Nach diesen letzteren Entscheidungen hat es fast den Anschein, als ob das Reichsgericht seinen Standpunkt ändern und sich der gegenteiligen Ansicht anschließen wollte, welche hauptsächlich von Binding [20]) vertreten wird. „Der Begriff Wegnahme aber deckt sich durchaus nicht voll mit der Wegnahme beim Diebstahl." Binding will unter Wegnahme im Sinne des § 289 RStGB. bald die Wegnahme der Sache aus der tatsächlichsten Innehabung, bald aus dem juristischen Besitz und bald aus dem räumlichen Rechtsbereich verstehen.

Die Anwendung des Wegnahmebegriffs wird besonders schwierig und die Streitfrage besonders brennend bei der allgemein gewünschten Bestrafung des Mieters oder Pächters, welcher die Invekten und Illaten aus dem Grundstück entfernt. Da der Wegnahmebegriff des Diebstahls voraussetzt, daß sich die Sache im Gewahrsam des anderen befand, so würde bei streng buchstäblicher Auslegung im Sinne des § 242 RStGB. das Wegschaffen der eigenen Sachen aus der gemieteten Wohnung in rechtswidriger Absicht unter Mißachtung des dem Vermieter zustehenden Pfandrechts oder Zurückbehaltungsrechts nicht unter § 289 RStGB. fallen, solange jenes Recht nicht ausgeübt und die Sachen in den Gewahrsam des Vermieters übergegangen sind. Der Gewahrsam, jene tatsächliche Herrschaftsausübung, läßt sich beim Vermieter nicht als vorhanden annehmen, und deshalb griff die Praxis zu dem Auswege, einen eigenen „strafrechtlichen Gewahrsam", ein „besitzähnliches Verhältnis", einen „mittelbaren Besitz" anzunehmen.[21]) Nun scheint es aber klar, daß solche Verhältnisse nicht existieren, daß es keinen strafrechtlichen Besitz gibt, wie es auch kein strafrechtliches Eigentum gibt, besonders bei einem Tatbestande, dessen Grundlagen und Voraussetzungen völlig im Zivilrecht ruhen. Lenz [22]) führt dazu aus:

[19]) So RG. 1, 429; 3, 58; 4, 43; 15, 434; 17, 358; 25, 118; 31, 131.
[20]) Binding, Lehrbuch S. 289, 2.
[21]) Hierher gehörige Entscheidungen sind folgende: RG. 1, 429; 4, 43; 31, 131.
[22]) Lenz a. a. O. S. 113.

„Das Reichsgericht hat im Bestreben, dem herrschenden Bedürfnis nach einer Strafsanktion gegen den Mieter stattzugeben, die Sache am unrechten Platze angefaßt. Anstatt sich vom furtum possessionis loszulösen und in der Pfandkehr ein selbständiges Delikt zu sehen, hat es sich zur Aufstellung von Begriffen verleiten lassen, die weder dem Zivilrecht noch dem Strafrecht angehören."

Zusammenfassend möchten wir bei einer Ablehnung der früheren Entscheidungen des Reichsgerichts den Begriff der Wegnahme weiter fassen als beim Diebstahl, wie es Binding getan hat. Aehnlich auch v. Liszt[23]): „Der Begriff der Wegnahme ist weiter wie beim Diebstahl, da Gewahrsam des Berechtigten nicht erforderlich ist."

Die Art, wie die Entfernung im einzelnen Fall zustande kommt, ist gleichgültig.[24])

Zu erwähnen ist noch die ebenfalls bestrittene Frage, ob die Zerstörung der Sache unter den Begriff der Wegnahme fällt. Das Reichsgericht hat sich über diese Frage in Bd. 15, 434 geäußert und auch später wiederholt (z. B. Bd. 41, 56) dahin entschieden, daß Zerstörung keine Wegnahme im Sinne des § 289 RStGB. ist. Dem schloß sich auch die herrschende Lehre an.[25])

Anderer Ansicht ist nur Olshausen. Dieser will daraus, daß die Art wie die Wegnahme erfolgt, gleichgültig ist, folgern, daß die Wegnahme auch durch sofortige Zerstörung begangen werden könnte. In den Entwürfen zu einem neuen Reichsstrafgesetzbuch wird im Gegensatz zum geltenden Recht neben der Wegnahme der Sache auch ihre Zerstörung mit Strafe bedroht. Aus der Begründung[26]) ist ersichtlich, daß es sich hierbei um eine bewußte Abweichung vom geltenden Recht handelt.

Anders liegt natürlich der Fall bei der Wegnahme zwecks Zerstörung. Hier geht aber die Wegnahme voraus, so daß das Delikt schon mit der Wegnahme vollendet ist; was nachher geschieht, ist gleichgültig.

Als letzter Punkt bleibt noch zu erörtern die Frage nach der Vollendung des Delikts. Nach Binding ist es vollendet mit der Wegnahme, wobei diese wieder im weiteren Sinne zu verstehen ist. Dadurch wird die Ausübung der im § 289 RStGB. bezeichneten Rechte, wenn auch vielleicht nur zeitweise, vereitelt, und das ist zur Erfüllung des Tatbestandes erforderlich. Wenn der Nichteigentümer zugunsten des Eigentümers als Täter in Betracht kommt, braucht eine Begünstigung des Eigentümers nicht eingetreten zu sein, es genügt vielmehr die hierauf gerichtete Absicht.

---

[23]) v. Liszt, Lehrbuch 1927, S. 629 ff., Anm. 2.

[24]) So Olshausen, § 289 RStGB., Nr. 7; RG. 38, 174; in Goltdammers Arch. Bd 41, 279.

[25]) So Binding § 289 RStGB.; v. Liszt, S. 630; Allfeld S. 457, Anm. 9; Harburger a. a. O. S. 325; Frank § 289 RStGB., Abs. 3.

[26]) Zum Beispiel für den Vorentwurf S. 818; für den Entwurf von 1919 S. 336.

§ 8. Der Täter.

Als Täter der Besitzentwendung können in Betracht kommen zunächst der Eigentümer einer Sache, an welcher eines der vier geschützten Rechte besteht, und sodann ein Dritter, der sie mit oder ohne Wissen des Eigentümers zugunsten desselben, d. h. um dem Eigentümer die tatsächliche Ausübung derjenigen Befugnisse zu gewähren, die tatsächlich einem anderen zustehen, wegnimmt. Das Reichsgericht läßt in Bd. 4, 30 auch den als Täter gelten, für dessen Eigentum eine widerlegbare Rechtsvermutung spricht, während Binding dies bestreitet.

Um einen Dritten nach § 289 RStGB. zu bestrafen, ist nötig, daß er die Sache dem Berechtigten zugunsten des Eigentümers wegnimmt und diesem dadurch einen Vorteil auf Kosten des Pfandgläubigers usw. verschaffen will.[27]) Wenn der Dritte nur in eigenem Interesse handelt, so macht er sich nicht aus § 289 RStGB., sondern z. B. vielleicht aus § 242 RStGB. strafbar.

Erfolgt dagegen die Wegnahme durch den Dritten zugleich in dessen eigenem Namen wie auch im Interesse des Eigentümers, so findet § 289 RStGB. nur Anwendung, wenn die Absicht des Dritten auch darauf ging, zugleich im Interesse des Eigentümers zu handeln.[28])

Es bleibt daher jeder Dritte, der ohne Aneigungsabsicht dem Besitzberechtigten die Sache rechtswidrig wegnimmt, straflos, z. B. wenn er es tut, um dadurch jemanden zu ärgern.

Dazu sagt Binding[29]):

> „Uebrigens findet sich in § 289 RStGB. eine bedauerliche Lücke; nicht jede vorsätzliche Beeinträchtigung des Pfandgläubigers durch vorsätzliche widerrechtliche Wegnahme der von ihm besessenen Pfandsache wird bestraft, sondern nur der leichtere Fall derselben.“

Dem schließt sich auch Lenz[30]) an:

> „Der Besitz des Gläubigers an einer zur Sicherung seiner Befriedigung dienenden Sache verlangt strafrechtlichen Schutz nicht nur gegenüber den Interessen des Eigentümers, sondern gegenüber jedermann.“

Gegen diese Ansicht wendet sich Stein[31]), weil der Eigentümer gegenüber den analogen Angriffen auch nicht geschützt sei. Es läge kein Grund vor, den Pfandbesitz besser zu schützen, als den Eigentümerbesitz.

---

[27]) So Oppenhoff § 289 RStGB.; RG. in Goltdammers Arch. 41, 414.

[28]) Vgl. Olshausen § 289 RStGB. Nr. 10; RG. 7, 325; RG. vom 17. Nov. 1927.

[29]) Siehe Normen II 2, S. 1053 ff.

[30]) Lenz a. a. O. S. 99.

[31]) Stein in seiner Kritik des Werkes von Lenz in Gerichtssaal, Bd. 49, S. 380.

Im übrigen sind natürlich derlei Fälle ziemlich selten, so daß sich ein weiteres Eingehen auf diese Frage erübrigt.

Als letzte Frage bezüglich der Täterschaft ist noch anzuführen, daß auch ein Mitberechtigter und Mitbesitzer als Täter in Betracht kommen kann.[32]) Dies ist auch durchaus verständlich, da kein Grund ersichtlich wäre, warum nicht auch ein Mitberechtigter bzw. Mitbesitzer die betreffende Sache dem anderen Mitberechtigten wegnehmen und dadurch den § 289 RStGB. erfüllen könnte; dieser Ansicht ist auch die herrschende Meinung.

§ 9. Die Schuld.

Der subjektive Teil des Delikts erfordert nach dem Wortlaut des Gesetzes eine rechtswidrige Absicht. Es ist also bei der Pfandkehr nur der Vorsatz strafbar, während die Fahrlässigkeit als Schuldmoment nicht ausreicht. Ueber die Auslegung der Worte für die Schuldfrage gehen die Ansichten in der Literatur auseinander. Die herrschende Ansicht[33]) erklärt die rechtswidrige Absicht als den auf die Vereitelung des Rechts des anderen gerichteten Willen, d. h. sie muß zu dem Zwecke erfolgen, das Ausübungsrecht des Berechtigten zu verletzen. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der herrschenden Meinung ist also der Begriff „rechtswidrige Absicht" im Sinne des § 289 RStGB. nicht gleichbedeutend mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, daß die Wegnahme eine Verletzung der in § 289 RStGB. bezeichneten Rechte zur Folge habe. Vielmehr wird verlangt der bewußte Wille, durch die Wegnahme das in Frage stehende Recht zu verletzen oder zu vereiteln, also die bewußte Verfolgung dieses rechtswidrigen Zweckes. In RG. 21, 312 wird daher dem Ausdruck „Absicht" die gleiche Bedeutung beigelegt wie in § 288 RStGB.

Als Hauptvertreter der gegenteiligen Ansicht ist Binding zu nennen; dieser versteht unter rechtswidriger Absicht des § 289 RStGB. ein Wegnehmen in dem Bewußtsein, daß die Wegnahme verboten sei und daß durch die Entwendung die rechtliche Lage des Berechtigten zeitweilig verschlechtert, d. h. ihm die Ausübung seines Besitzrechtes unmöglich gemacht wird.[34]) Binding lehnt die Ansicht des Reichsgerichts einer analogen Auslegung des § 289 RStGB. nach § 288 RStGB. ab, da die Fassung des Wortlauts ganz anders sei. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die strafbare Handlung aus § 288 und § 289 RStGB. das gemeinsame Merkmal hat, gegen die Realisierung fremder Vermögensrechte gerichtet zu sein. So wird im Falle des § 288 RStGB. die künftige Besitzergreifung gehindert, und im Falle des § 289 RStGB. wird der bestehende Besitz oder besitzähnliche Zustand

[32]) So auch RG. 17, 358.

[33]) So Allfeld a. a. O. S. 457; RG. 21, 312; 25, 124; 28, 348; 34, 160; Olshausen § 289 RStGB. Nr. 11; v. Liszt § 129 Abs. 2; Harburger a. a. O. S. 325; Hälschner Bd. 2 S. 338; Ebermayer § 289 RStGB. Anm. 8.

[34]) Binding, Normen II, S. 548.

angegriffen. Es erscheint uns daher schon gerechtfertigt, beide Delikte auch hinsichtlich ihres inneren Tatbestandes gleich zu behandeln. Der Begriff der Absicht wäre dann in § 289 RStGB. ebenso auszulegen wie in § 288 RStGB., d. h. hält man in § 288 RStGB. den bestimmten, auf Herbeiführung des Erfolges gerichteten Willen (dolus determinatus oder directus) für ausreichend, so muß dieser Wille auch im Falle des § 289 RStGB. genügen.

Um nun das Delikt in rechtswidriger Absicht zu begehen, muß der Täter wissen, daß beim Besitzer eines jener vier geschützten Rechte vorliegt. Dabei ist aber gleichgültig, ob er sich auch darüber klar geworden ist, ob es sich um einen Pfandgläubiger oder Nutznießer usw. handelt.

Nicht für ausreichend hat das Reichsgericht erklärt, daß der Täter sich sagt, seine Handlung könne vielleicht ein bestehendes Pfandrecht verletzen, und hat deshalb den dolus eventualis für § 289 RStGB. ausgeschlossen. Dagegen macht Frank[35]) darauf aufmerksam, daß der Täter sehr wohl für den ihm vielleicht noch zweifelhaften Fall eines Rechtsbestandes, z. B. Nießbrauchs, die entschiedene Absicht haben kann, dessen Ausübung zu vereiteln.

Eine dauernde Schädigung braucht der Täter gegenüber dem Besitzberechtigten nicht zu beabsichtigen; es genügt sein Wissen, daß dessen Rechtslage durch die Besitzentziehung auch nur vorübergehend verschlechtert wird.

Nimmt der Eigentümer die Pfandsache zum Zwecke einer notwendigen Reparatur in der Absicht baldigster Rückerstattung, so bleibt er strafbar, aber nur dann, wenn er auf die Einwilligung des Pfandgläubigers gerechnet oder nicht daran gedacht hat, daß dessen Pfandrecht zeitweise gegenstandslos wird. Weiterhin ist nach allgemeiner Ansicht nicht notwendig, daß eine materielle, das Vermögen des Inhabers direkt schädigende Verletzung beabsichtigt wird. Auf eine Verletzung bzw. Verkürzung der durch das betreffende Recht gesicherten Forderung braucht es somit nicht abgesehen zu sein (so RG. 4, 730).

Im Begriff „rechtswidrige Absicht“ liegt nicht zugleich auch der Begriff „gewinnsüchtige Absicht“. Dies geht schon daraus hervor, daß auch ein Dritter, der ja das Vergehen nur zugunsten des Eigentümers begehen kann, nach dem Wortlaut des Gesetzes in rechtswidriger Absicht handeln muß. Ebenso kann auch der Eigentümer das Delikt in nicht gewinnsüchtiger Absicht begehen, wenn er z. B. die Pfandsache dem Gläubiger wegnimmt, obwohl er zahlungsfähig ist und auch die Absicht hat, zu zahlen.[36]) Auch schließt die Deckung des Gläubigers durch andere Sicherungsmittel, wie z. B. der Umstand, daß sich der Gläubiger im Besitz einer Kaution befindet, die Strafbarkeit aus § 289 RStGB. nicht aus.[37])

---

[35]) Frank in Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft, Bd. 14, S. 409.

[36]) Merkel in Handbuch des deutschen Rechts von Holzendorf, Bd. 3, S. 837.

[37]) Siehe RG. 3, 277.

Anderer Ansicht ist hier Doerr[38]), der dazu ausführt:

„Die Ueberschrift „strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse“ ist Bestandteil des Gesetzes, hat deshalb gesetzliche Autorität und muß bei der Interpretation der darunter fallenden Bestimmungen heranzogen werden. Da nun § 289 RStGB. eine Verletzung fremder Geheimnisse offenbar nicht enthält, muß er deshalb als Fall strafbaren Eigennutzes anerkannt werden.“

Wir möchten uns in dieser Frage aber doch der herrschenden Ansicht (Olshausen usw.) anschließen und aus dem farblosen Titel nicht Folgerungen dahin ziehen, daß eigennützige Absicht zur Begehung des Delikts erforderlich sei.

§ 10. Die Bestrafung und Bestimmungen der Absätze 2—5.

Die Strafe für das Delikt aus § 289 RStGB. ist Gefängnis von 1 Tag bis zu 3 Jahren oder eine Geldstrafe von 3 RM. bis 10 000 RM.[39]).

Nach Absatz 2 kann neben der Gefängnisstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Dies ist aber nur dann zulässig, wenn die erkannte Gefängnisstrafe die Dauer von 3 Monaten erreicht (§ 32 RStGB.). Wann auf diese Nebenstrafe im einzelnen zu erkennen ist, sagt das Gesetz nicht. Es kommen hier die allgemeinen Strafrechtsgrundsätze als Anhaltspunkte für die Auslegung in Frage, also z. B. beim Vorliegen besonders erschwerender Umstände, so bei der Gewinnsucht, bei der Entziehung durch Einsteigen usw.

Der Versuch des Delikts ist nach Absatz 3 unter Strafe gestellt.

Nach Absatz 4 ist zur Strafverfolgung die Stellung eines Strafantrags erforderlich. Antragsberechtigt ist derjenige, dessen Rechtsausübung durch die Wegnahme vereitelt worden ist bezw. vereitelt werden sollte. Dabei ist zu bemerken, daß die Pfandkehr ein absolutes Antragsdelikt ist, da zu ihrer Verfolgung ein Antrag erforderlich ist und nicht, wie bei den relativen Antragsdelikten nur dann, wenn das Delikt gegen bestimmte Personen begangen wurde. Der Antrag erstreckt sich auf sämtliche Deliktsformen, also auch auf den Versuch und die Beihilfe.

Absatz 5 bestimmt, daß § 247, Abs. 2 u. 3 RStGB., hier Anwendung findet. Das Delikt bleibt demnach straflos, wenn es von Verwandten in aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen wurde, wobei aber diese Bestimmung keine Anwendung findet auf Teilnehmer und Begünstiger, welche nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen.

[38]) Doerr, Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Breslau 1897, S. 178.

[39]) Dabei ist zu bemerken, daß ursprünglich Geldstrafe nur bis zu 900 M. vorgesehen war und diese erst durch die „Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen vom 6. Febr. 1924“, jetzt die §§ 27—29 RSTGB., umgeändert und auf 10 000 RM. erhöht wurde.

An dieser Stelle mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß auf das Vergehen aus § 289 RStGB. die erschwerenden Bestimmungen des § RStGB. keine Anwendung finden. Dies kann erstens nicht sein, weil die Pfandkehr überhaupt dem Diebstahl nicht gleichzustellen ist und zweitens, weil dann hier ebenso wie die Ausnahmebestimmung des § 247 Abs. 2 u. 3 RStGB. auch § 243 RStGB. in § 289 RStGB. genannt werden müßte. Da dies aber nicht der Fall ist, wäre die Anwendung des § 243 RStGB. eine unzulässige analoge Auslegung.

Die Strafverfolgung der Pfandkehr verjährt gemäß § 67, Abs. 2 RStGB. in 5 Jahren.

Zuständig sind im Strafprozeß die Amtsgerichte (§ 24 GVG.), und zwar die bei diesem gebildeten Schöffengerichte (§ 28 GVG.).

Weiter ist strafprozessual noch zu erwähnen, daß ein Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (§ 265 StPO.) erforderlich ist, wenn die Verurteilung nicht auf Grund der ersten Alternative des § 289 RStGB. — Wegnahme einer eigenen Sache —, sondern auf Grund der zweiten Alternative — Wegnahme einer fremden Sache zugunsten des Eigentümers — oder umgekehrt erfolgen soll.[40])

§ 11. Mögliche Idealkonkurrenz mit anderen Delikten.

Zur vollständigen Charakterisierung der Pfandkehr im geltenden Recht sollen auch noch die Möglichkeiten untersucht werden, in denen infolge des Wesens unsere Delikts eine Idealkonkurrenz mit anderen Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches vorliegen kann. Nach § 73 RStGB. ist Idealkonkurrenz vorhanden, wenn der Täter durch ein und dieselbe Handlung den Tatbestand mehrerer Delikte verwirklicht.

Die Tätigkeitshandlung der Pfandkehr besteht in einer Wegnahme. Da diese in verschiedenen Formen begangen werden kann, sind auch verschiedene Fälle möglich, wodurch neben dem § 289 RStGB. noch andere Strafbestimmungen des Strafgesetzbuches verletzt werden können.

So ist zunächst Idealkonkurrenz möglich mit Körperverletzung (§ 223 RStGB.), wenn die Wegnahme unter körperlicher Mißhandlung oder Gesundheitsschädigung erfolgt. Dabei ist dann die Körperverletzung lediglich das Mittel für die Wegnahme.

Die Frage ob die Pfandkehr mit Hausfriedensbruch gemäß § 213 RStGB.. idealiter konkurrieren kann, ist bestritten. Das Reichsgericht verneint in Bd. 4, 188 und Bd. 7, 60 diese Frage, während sie von Binding und Harburger bejaht wird. Wenn sie vermittelst Einsteigens oder Einbrechens geschieht, so dürfte die Ansicht der letzteren vorzuziehen sein.

Stärker gehen die Meinungen auseinander bei der Frage, ob Idealkonkurrenz der Pfandkehr möglich sei mit Erpressung und räuberischer Erpressung. Binding meint hierzu[41]):

[40]) Näheres siehe Recht 1902, S. 594.
[41]) Binding, Lehrbuch S. 321; auch Harburger a. a. O. S. 324.

„Wird die Pfandkehr mittels Nötigung verübt, so konkurriert sie mit ihr idealiter und verwandelt sie, aber nur, wenn die erforderte Bereicherungsabsicht vorliegt, in Erpressung.“

Frank[42]) führt dazu aus:

„Zwang zur Duldung eines anderen, in Bereicherungsabsicht begangenen Vermögensdelikts ist grundsätzlich nur als Erpressung anzusehen ohne Konkurrenz des anderen.“

Das Reichsgericht hat ursprünglich in Bd. 13, 399 bei Zwang zur Duldung der Pfandkehr nur wegen des letzteren Delikts verurteilt und die Gewalt bei diesem Vergehen nur als Strafzumessungsgrund angesehen, während dagegen RG. Bd. 25, 435 Idealkonkurrenz mit Erpressung angenommen hat. Zur letzteren Entscheidung führt das Reichsgericht in seiner Begründung aus, daß § 289 RStGB. einerseits und § 253 bzw. § 255 RStGB. andererseits dergestalt voneinander verschieden seien, daß der eine den anderen nicht in sich aufnehme. § 289 RStGB. verhalte sich über den rechtswidrigen Eingriff in einen fremden Besitz, während § 253 RStGB. einen rechtswidrigen Angriff gegen die Freiheit der Willensbetätigung mit Strafe bedrohe. Ein und dieselbe Handlung kann zwar beide Tatbestände erfüllen und sie dadurch in Verbindung bringen; für einen solchen Fall greife aber nur der § 673 RStGB. Platz, nach welchem, wenn durch ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze von verschiedenem Tatbestande verletzt sind, die die schwerste Strafe oder Strafart androhende Gesetzesbestimmung zur Anwendung zu bringen ist.

Schwartz nimmt hier an, das Vergehen aus § 289 RStGB. werde absorbiert, während bei Verübung durch Nötigung diese ideal konkurriere.

Eckstein[43]) will beim Zusammentreffen von Erpressung und Pfandkehr die erste in § 289 RStGB. aufgehen lassen.

Mit Sachbeschädigung läßt Olshausen in Konsequenz seiner von ihm vertretenen Theorie der auch möglichen Wegnahme durch Zerstörung Idealkonkurrenz zu, während Binding hierin Realkonkurrenz erblickt. Wie Olshausen übrigens auch Harburger.[44])

Die Ansicht Bindings erscheint uns für das geltende Recht die richtige zu sein, da für den § 289 RStGB. eine Wegnahme durch Zerstörung nicht anerkannt ist.

---

[42]) Frank a. a. O. § 253 RStGB., Abs. 7.
[43]) Eckstein in Gerichtssaal Bd. 78, S. 101.
[44]) Harburger a. a. O. S. 325.

III. Teil.

Die Besitzentwendung (Rechtsvereitelung) in der deutschen Strafrechtsreform.

§ 12. Vorentwurf und Gegenentwurf.

A. Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

Das Strafgesetzbuch von 1871 stellte als eines der ersten deutschen Reichsgesetze nach Jahrhunderten der Zersplitterung auf dem Gebiete der Strafgesetze die Einheit deutschen Rechts wieder her. Fast sechs Jahrzehnte ist dieses Strafgesetzbuch in seinem Kern unberührt geblieben, aber schon anfangs des 20. Jahrhunderts setzten Reformbestrebungen ein, die durch eine starke Verschiebung der Lebensverhältnisse und die stärkere Betonung des sozialen Gedankens hervorgerufen wurden. Im Jahre 1909 wurde im Reichsjustizministerium durch eine Kommission der erste Entwurf zu einem künftigen Strafgesetzbuch fertiggestellt. Es war dies der „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch".

Dieser behandelte im 27. Abschnitt unter dem Titel: „Sachbeschädigungen und Vermögensbeschädigungen" unser Delikt im § 294.

> „Wer absichtlich demjenigen, welchem an einer beweglichen Sache ein Nießbrauchsrecht, Pfandrecht, Gebrauchsrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, durch Wegnahme oder Zerstörung der Sache die Ausübung des Rechts vereitelt, wird mit Gefängnis oder Haft bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 3000 M. bestraft.
>
> Der Versuch ist strafbar.
>
> Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.
>
> Wer die Handlung gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos."

Wie aus dem Text ersichtlich ist, hat der Vorentwurf gegenüber dem geltenden Recht einige wesentliche Aenderungen vorgenommen und den Tatbestand des Vergehens zum Teil erheblich erweitert.

Einführend muß hier bemerkt werden, daß die Bezeichnungen „Pfandkehr und Besitzentwendung", wie sie bisher für unser Delikt gebraucht wurden, wohl bei der Besprechung des geltenden Rechts

angebracht waren, aber für den Vorentwurf und die diesem folgenden Entwürfe nicht mehr passen. Denn der schon früher erwähnte Mangel eines terminus technicus für unser Delikt ist in den Entwürfen in positivem Sinne gelöst worden. Diese sprechen nämlich von „Rechtsvereitelung". Es ist nun zu untersuchen, ob diese Bezeichnung allen an sie gestellten Ansprüchen genügt und das Wesen des Delikts erfaßt.

Die Neufassung spricht von „vereiteln" und sagt im Tatbestand: „Wer die Ausübung des Rechts vereitelt", wird bestraft. Sie stellt also den Tatbestand nicht wie das geltende Recht auf die Wegnahme, sondern auf die Vereitelung der Ausübung des Rechts ab. Unter „vereiteln" versteht man jede Handlung, die geeignet ist, das Eintreten von erwarteten Erscheinungen zu verhindern. Es kommt also insbesondere darauf an, ob die Tätigkeit dazu geeignet ist, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Die Art derselben ist dabei mehr oder weniger gleichgültig. Weiter ergibt sich aus der Fassung „wer die Ausübung des Rechts vereitelt", daß entsprechend dem Wesen unseres Delikts das Bestehen der Rechte vorausgesetzt wird, da Voraussetzung für die Ausübung eines Rechts das Bestehen desselben ist.

Ganz frei von Bedenken ist aber auch die neue Bezeichnung für unser Delikt nicht. Es entsteht die Frage, ob der Ausdruck „Rechtsvereitelung" nicht viel weiter ist als der Tatbestand der Entwürfe. Man kann ja alle möglichen Rechte an ihrer Entstehung hindern, d. h. vereiteln, z. B. durch Nötigung, Erpressung eines Verzichts, Betrug, Urkundenfälschung usw. Man könnte in solchen Fällen mit dem gleichen Recht wie bei unserem Delikt in den Entwürfen von einer „Rechtsvereitelung" sprechen.

Erscheint also schon der Begriff Rechtsvereitelung nicht genau umgrenzt, so ist fernerhin die Frage berechtigt, ob diese Bezeichnung für unser Delikt überhaupt treffend ist? Handelt es sich bei der Besitzentwendung tatsächlich um eine Entstehungshinderung von Rechten, wie man das von einer Rechtsvereitelung annehmen muß? Wird endlich durch die Handlung z. B. des § 294 Vorentwurf ein Nießbrauchs r e c h t vereitelt oder nur die Ausübung des Rechts, welches fort b e st e h t, gestört?

Es lassen sich demnach auch gegen den Ausdruck „Rechtsvereitelung" eine Reihe von Bedenken anführen, die sehr gerechtfertigt erscheinen. Dennoch dünkt uns aber diese Bezeichnung als annehmbar, da sie wenigstens den Grundgedanken unseres Delikts trifft und eine besondere Benennung, die weder zu weit noch zu eng ist, kaum zu finden sein dürfte.

Durch die Fassung des Paragraphen ist jetzt die Anlehnung an den Diebstahlsbegriff endgültig fallen gelassen und in dem Vergehen der „Rechtsvereitelung" ein Delikt mit selbständigen Tatbestandsmermalen entstanden. Die rein äußerliche Verwandtschaft mit dem Diebstahl besteht nur mehr darin, daß beide unter die Reihe der Vermögensdelikte fallen, was dadurch zum Ausdruck kommt, daß sie

in das 4. Buch des Vorentwurfs eingereiht sind, welches betitelt ist: „Verbrechen und Vergehen gegen das Vermögen".

Vollendet wird das Delikt durch Wegnahme oder Zerstörung der Sache. Da die „Wegnahme" jetzt nicht mehr in der mißverständlichen Beziehung zu dem Berechtigten angeführt wird, bedarf es auch keiner unnatürlichen Auslegung dieses Begriffes mehr, um den Schutz des § 294 Vorentwurf auf das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters auszudehnen. Es wird die Wegnahme hier also im Sinne Bindings, d. h. in einem weiteren Sinn als beim Diebstahl, verstanden, wie auch die Begründung zum Vorentwurf [1]) ausdrücklich betont.

Wenn aber die Verfasser des Vorentwurfs meinen [2]), daß durch die veränderte Fassung eine sachliche Aenderung des Inhalts des Paragraphen nicht herbeigeführt wurde, so ist dem nur beschränkt beizupflichten. Bei den Pfand- und Retentionsrechten, soweit sie durch Besitzverlust untergehen, mag dies zutreffen; dagegen ist es beim Nießbrauch- und Gebrauchsrecht in der Regel nicht der Fall. Hier ist die rechtswidrige Wegnahme keineswegs mit der Vereitelung des Rechts identisch. Trotzdem ist der Fassung des Vorentwurfs gegenüber der des geltenden Rechts der Vorzug zu geben [3]), da sie die nach dem Reichsstrafgesetzbuch bestehende Inkonsequenz zwischen dem Schutz des Eigentums und dem beschränkten Rechte zur Sache beseitigt. Nach geltendem Recht ist der Gebrauchs- und Nießbrauchsberechtigte gegen jede in rechtswidriger Absicht erfolgte Wegnahme der Sache geschützt, während der Eigentümer nur gegen die Wegnahme in rechtswidriger Zueignungsabsicht geschützt ist. Nach dem Vorentwurf dagegen muß der Wille des Täters die Vereitelung des Rechts mit umfassen.

Neben dieser stärkeren Präzisierung des Delikts gegenüber dem geltenden Recht kommen aber andererseits auch einige erhebliche Erweiterungen des Tatbestandes im Vorentwurf in Vorschlag. Während im § 289 RStGB. der Personenkreis, der als Täter in Betracht kommen kann, sich auf den Eigentümer und diejenigen, die zugunsten des letzteren die Sache fortnehmen, beschränkt, formuliert der Vorentwurf: „Wer . . . die Ausübung des Rechts vereitelt." Während also nach geltendem Recht der Fall, daß ein Dritter zu eigenen Gunsten die Sache wegnimmt, nicht unter die Strafdrohung des § 289 RStGB. fällt, ist auch dieser Fall in den Tatbestand des Vorentwurfs aufgenommen worden. Da derartige Handlungen auch denkbar sind, ohne daß sie einer anderen Strafdrohung wie der des Diebstahls usw. unterfielen, so z. B. die Wegnahme einer Pfandsache ohne Aneignungsabsicht, um sie eigenmächtig zu veräußern, oder sich selbst für die Forderung ein Befriedigungsobjekt zu sichern, erscheint es im ersten Augenblick bestechend, daß der Vorentwurf die Einschränkung auf bestimmte Personen fallen und den Schutz der bezeichneten Berech-

[1]) Siehe S. 818, Anm. 2.
[2]) Begründung zum Vorentwurf S. 817.
[3]) So auch Löwenstein in Reform S. 439.

tigten nach allen Richtungen hin wirksam werden ließ. Näheres soll bei der Besprechung des Gegenentwurfs, der diese Erweiterung nicht aufnahm, in Betracht gezogen werden.

Die zweite größere Ausdehnung des Tatbestandes brachte der Vorentwurf dadurch, daß er auch die Zerstörung einer Sache als eine Vereitelung des Rechts bestrafen will, während das geltende Recht nur die Wegnahme als solche bestraft. Der Entwurf stellt sich somit auf den fast allgemein vertretenen Standpunkt, daß Zerstörung keine Wegnahme ist.[4]) Unseres Erachtens erfolgte diese Aufnahme der Zerstörung in den Tatbestand sehr zu Recht, da der gleiche Zweck wie bei der Wegnahme auch durch Zerstörung erreicht wird. Im Gegenteil, während bei der Wegnahme eine Rechtsvereitelung vielleicht nur auf Zeit bis zur Wiedererlangung des Objekts vorliegt, ist bei der Zerstörung die Rechtsvereitelung eine endgültige. Durch die Einbeziehung der Zerstörung und ihre Bestrafung wurde wieder auf einen Zustand zurückgegriffen, der für Bayern schon einmal bestand. Das bayerische Strafgesetzbuch von 1861 bestrafte nämlich in Art. 330 auch die Wegnahme durch Zerstörung.

Hervorzuheben ist noch, daß unter Zerstörung die bloße Beschädigung nicht mit eingeschlossen ist. Hierbei ging der Gesetzgeber wohl von der Erwägung aus, daß bei einer bloßen Beschädigung von seiten des Eigentümers und der durch sie herbeigeführten Rechtsvereitelung der zivilrechtliche Schutz genügen.[5])

Dagegen ist auch im Vorentwurf an der beweglichen Sache als Angriffsobjekt trotz der Einbeziehung der Zerstörung festgehalten worden.

Wie nach geltendem Recht sind auch nach dem Vorentwurf geschützte Rechte das Pfand-, Gebrauchs- und Zurückbehaltungsrecht. Dagegen wurde an die Stelle des Nutznießungsrechts das Nießbrauchsrecht gesetzt. Nach der Begründung zum Vorentwurf soll darin keine Aenderung gegenüber dem geltenden Recht zu erblicken sein, sondern lediglich eine Angleichung an den Sprachgebrauch des bürgerlichen Rechts.

§ 294 Vorentwurf beginnt mit den Worten: „Wer absichtlich vereitelt". Es wird also für den subjektiven Teil des Tatbestandes erfordert, daß die Rechtsvereitelung eine absichtliche sei. Die hierfür maßgebende Bestimmung im Vorentwurf ist der § 59 Abs. 3: „eine vorsätzliche Handlung wird dann zu einer absichtlichen, wenn der Täter sie verübt, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen."

Dazu führt Kitzinger[6]) aus:

> „Diese Definition ist dem Sinn nach klar; aber sie versagt in verschiedenen Fällen des besonderen Teils."

[4]) So schon RG. 15. 436.
[5]) Darüber siehe Näheres RG. 25, 115 und § 1121 BGB.
[6]) Kitzinger in Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft Bd. 31, S. 218. Wie Kitzinger auch v. Lilienthal, Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft Bd. 30, S. 243 ff., und Köhler, Studien zum Vorentlurf, S. 22 ff.

Speziell zum § 294 Vorentwurf bemerkt Kitzinger:

„absichtlich ist hier offenbar nicht im Sinne des § 59 Abs. 3 gebraucht; denn sonst bliebe straflos, wer die Handlung nur in dem Bewußtsein der Rechtsvereitelung, aber in der Absicht, selbst die Sache zu besitzen, vornimmt."

Auch Binding[7]) tadelt die Gestaltung des Tatbestandes der Rechtsvereitelung im Vorentwurf als Absichtsdelikt.

Wie nach geltendem Recht ist auch im Vorentwurf der Versuch mit Strafe bedroht. Dagegen wendet sich Löwenstein[8]), da kein Bedürfnis bestehe, den Versuch eines Antragsdelikts zu strafen. Auch würde die Strafwürdigkeit dieser Handlung keineswegs so allgemein wie beim Diebstahl empfunden, und die Kenntnis der Strafbarkeit wäre nicht so tief in das Rechtsbewußtsein eingedrungen, um eine Strafandrohung für den Versuch erforderlich erscheinen zu lassen. Diese Argumentation erscheint uns aber nicht richtig. Der Entwurf kann die Strafbarkeit des Versuches um so weniger entbehren, als die Vollendungsstrafe auf den Erfolg der Vereitelung abgestellt worden ist. Der Berechtigte wäre also gegen Angriffe des Täters, die nicht gleich zum Erfolg führen, nicht geschützt, während es umgekehrt bei einer Strafbarkeit des Versuchs den Täter vor einer Wiederholung seiner Angriffe abschreckt.

Das Antragserfordernis wurde, als dem Wesen der Straftat entsprechend, zu Recht beibehalten.

Was das Strafausmaß betrifft, so ging man hierbei von der Erwägung aus, daß erfahrungsgemäß höhere Gefängnisstrafen nur selten verhängt werden, daß es dagegen wünschenswert ist, dem Richter bei der Bemessung der Geldstrafe einen weiteren Spielraum als bisher zu gewähren. Es wurde deshalb die Höchstgefängnisstrafe auf zwei Jahre herabgesetzt, während die Geldstrafe auf 3000 M. festgesetzt wurde.[9])

Zusammenfassend ist zu sagen, daß durch den Entwurf unser Delikt von einigen Starrheiten und Beschränkungen des geltenden Rechts befreit wurde und einen elastischeren und entsprechenderen Rahmen erhalten hat. Letzteres besonders auch dadurch, daß im § 294 Vorentwurf die Anlehnung an den Diebstahlsbegriff aufgegeben und ein delictum sui generis mit selbständigen Tatbestandsmerkmalen herausgebildet wurde. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet ist im § 294 Vorentwurf gegenüber dem § 289 RStGB. zweifellos ein Fortschritt zu erblicken.

---

[7]) Binding in Gerichtssaal Bd. 77, S. 440.

[8]) Löwenstein, Reform II, S. 440.

[9]) Die ursprüngliche Fassung des § 289 RStGB. lautet auf 900 M. Erst durch die Geldstrafverordnung von 1924 wurde die Geldstrafe auf 10 000 RM. erhöht,.

B. Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches.[10])

Die Vorschläge des Vorentwurfs fanden in der deutschen Strafrechtswissenschaft im allgemeinen einen lebhaften und freundlichen Widerhall. Die Vertreter der Rechtswissenschaft und der juristischen Praxis beschäftigen sich eingehend damit. Als wichtigstes Werk der dem Vorentwurf folgenden Kritiken ist zu nennen der „Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches“. Die formulierten Vorschläge in diesem Gegenentwurf sollten nach der Absicht und dem Wunsch ihrer Verfasser die Weiterführung der großen und wichtigen Reformarbeit, und zwar auf der Grundlage des Vorentwurfs, erleichtern und beschleunigen.

Die Rechtsvereitelung des § 294 Vorentwurf fand im § 307 des Gegenentwurfs ihre Aufnahme und Behandlung.

§ 307 lautet:

> „Wer die Ausübung eines an seiner Sache bestehenden Nießbrauchs-, Nutznießungs- oder Pfandrechts oder eines in Ansehung seiner Sache bestehenden Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts durch Wegnahme oder Zerstörung der Sache vereitelt, oder wer eine solche Handlung zugunsten des Eigentümers begeht, wird mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bis zu 10 000 M. bestraft.
>
> Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.
>
> Wer die Handlung gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.“

Der Gegenentwurf kehrt also insofern wieder zum geltenden Recht zurück, als nach ihm, nicht wie im Vorentwurf jeder, sondern nur der Eigentümer oder der zugunsten des Eigentümers Handelnde Deliktssubjekt sein kann. Diese Auffassung entspricht auch, obwohl man im ersten Augenblick der Fassung des Vorentwurfs den Vorzug geben möchte, mehr dem Wesen des von uns behandelten Delikts. Das ausschlaggebende Merkmal der Rechtsvereitelung liegt in der eigenmächtigen Aufhebung einer Eigentumsbeschränkung, die daher ihrer Natur nach im allgemeinen nur vom Eigentümer oder einem, der zu dessen Gunsten handelt, begangen werden wird. Die einer Strafdrohung unterliegenden Fälle, in welchen aber ein Dritter nicht im Interesse des Eigentümers handelt, werden entweder als Diebstahl oder als eigenmächtige Zueignung bestraft werden, oder bei Mangel des Zueignungswillens regelmäßig unter die Sachbeschädigung fallen. Eventuell wird bei Wegnahme der Sache ein nach herrschender Rechtsanschauung nicht strafbares furtum usus vorliegen. Der Fall, welchen der Vorentwurf [11]) ausdrücklich hervorhebt, daß der Dritte die Absicht hat, ein eigenes Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an der Sache zu begründen, ist äußerst selten und, wie auch Löwen-

---

[10]) v. Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt.
[11]) Siehe Begründung zum Vorentwurf S. 818.

stein[12]) meint, nicht so verwerflich, daß deshalb die vom Vorentwurf in Vorschlag gebrachte Erweiterung des Tatbestandes befürwortet werden könnte.

Nach § 289 RStGB. ist der Schutz nur auf bewegliche Sachen beschränkt. Auch § 294 Vorentwurf hält noch daran fest. Für das geltende Recht ist, da im Tatbestand nur die „Wegnahme" bestraft wird, eine Ausdehnung des Schutzes auf unbewegliche Sachen logisch unmöglich. Dagegen ist durch die Aufnahme der „Zerstörung" als Angriffshandlung dieser Grund weggefallen, da eine solche sowohl an beweglichen wie auch an unbeweglichen Sachen möglich ist. Gerade bei letzteren handelt es sich meist sogar um die Vernichtung höherer Vermögenswerte. Es wurde daher im Gegenentwurf mit Recht die Konsequenz gezogen und der Schutz des Paragraphen auch auf unbewegliche Sachen als Angriffsobjekte erstreckt, indem das Wort „beweglich" des § 294 Vorentwurf gestrichen wurde.

Neben dem Nießbrauch führt der Gegenentwurf auch noch die Nutznießung als geschütztes Recht auf. Auch der Vorentwurf will diese mitumfassen und sieht in der Einstellung des Wortes „Nießbrauch" an Stelle der „Nutznießung" des geltenden Rechts nur eine Anpassung an den Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches und keine sachliche Aenderung.[13]) Eine solche ist allerdings auch nicht vorhanden, trotzdem dürfte aber dem Wortlaut des Gegenentwurfs der Vorzug zu geben sein, da auch im Bürgerlichen Gesetzbuch zwischen dem Nießbrauch und den ehemännlichen und elterlichen Nutznießungen unterschieden wird, und ersterer in seiner Bedeutung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch letzteren nicht mit umfaßt.

Wie schon bei der Besprechung des Vorentwurfs näher dargelegt wurde, ist nicht einzusehen, weshalb zur Strafbarkeit der Vorsatz nicht ausreichen sollte.[14]) Es hat daher der Gegenentwurf die nach dem Vorentwurf erforderliche Absicht der Rechtsvereitelung als unbegründete Einengung des subjektiven Tatbestandes gestrichen.

Die Verfasser des Gegenentwurfs haben also an der Verbesserung des Vorentwurfes großen Anteil und sich auch für das hier behandelte Delikt der Rechtsvereitelung das Verdienst wertvoller wissenschaftlicher Arbeit erworben.

§ 13. Die Entwürfe von 1913 und 1919.

Im Jahre 1911 trat eine zweite Kommission zu dem Zweck zusammen, unter Berücksichtigung der Kritik des Vorentwurfs einen neuen Entwurf aufzustellen. Aus ihren Beratungen ist der „Entwurf der Strafrechtskommission" (1913) hervorgegangen.[15]) Die Veröffent-

---

[12]) Löwenstein, Reform II, S. 440.

[13]) Siehe Begründung zum Vorentwurf S. 817, Nr. 3.

[14]) So besonders Binding in Gerichtssaal Bd. 77, S. 52, und Kitzinger in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 31, S. 218.

[15]) Ueber ihre Arbeit geben die „Protokolle der Strafrechtskommission" (autographiert) Aufschluß.

lichung des Entwurfs wurde aber durch den Ausbruch des Weltkriegs verhindert. Erst 1918 trat wieder eine Kommission zusammen, deren Arbeit im Entwurf von 1919 niedergelegt ist. Da beide Entwürfe den Sachverhalt der Rechtsvereitelung ähnlich regeln, ist es wohl am zweckmäßigsten, beide gleich nebeneinander zu betrachten.

Unsere Materie ist im Entwurf 1913 im 26. Abschnitt unter dem Titel „Vermögensbeschädigung und Vermögensgefährdung", und zwar im § 376, geregelt:

> „Wer seine eigene Sache ganz oder teilweise zerstört oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechts auf Befriediung aus der Sache oder eines Nießbrauchs-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> Ebenso wird bestraft, wer die Handlung mit Einwilligung oder zugunsten des Eigentümers vornimmt.
>
> Der Versuch ist strafbar.
>
> Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Ist sie gegen einen Angehörigen begangen, so kann der Antrag zurückgenommen werden."

Auch § 37 Abs. 2 ist hierbei in Betracht zu ziehen:

> „Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften der Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen."

Endlich ist für die Bestrafung noch von praktischer Bedeutung § 84 Abs. 2:

> „Wird jemand wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens, das auf ehrloser Gesinnung beruht, zu Gefängnis von mindestens sechs Monaten verurteilt, so können ihm die bürgerlichen Ehrenrechte für eins bis fünf Jahren aberkannt werden."

Im Entwurf 1919 ist unser Tatbestand im § 386 folgendermaßen formuliert:

> „Wer seine eigene Sache ganz oder zum Teil zerstört oder einem andern wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechts auf Befriedigung aus der Sache oder eines Nießbrauch-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

Die Absätze 2–4 sind analog dem Entwurf 1913. Dagegen hat dieser Entwurf noch einen Absatz 5:

> „Die Vorschriften der Absätze 1–3 sind nicht anwendbar, wenn ein Mieter oder Pächter eine in die Mieträume oder

das Pachtgrundstück eingebrachte, der Pfändung nicht unterworfene Sache, an welcher dem Vermieter oder Verpächter ein vertragsmäßiges Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, dem Vermieter oder Verpächter wegnimmt."

Entsprechend den §§ 37 Abs. 2 und 84 Abs. 2 des Entwurfs von 1913 kommen hier die §§ 30 Abs. 2 und 75 Abs. 2 in Betracht.

Wie im Vorentwurf, so knüpfen auch die beiden jetzt behandelten Entwürfe die Vollendungsstrafe an den Erfolg der Vereitelung der Rechtsausübung. Der Eigentümer ist nicht deshalb strafwürdig, weil er dem Berechtigten die Sache wegnimmt, sondern weil er durch die Wegnahme den Berechtigten der Möglichkeit beraubt, sein Recht auszuüben. Die Formulierung der Entwürfe erscheint, obwohl sie, wie oben ausgeführt, eine kleine sachliche Aenderung enthält, tatsächlich empfehlenswert, da sie das Wesen des Delikts besser trifft, und wurde daher zweckmäßigerweise in den Entwürfen gegenüber dem geltenden Recht beibehalten.

Was das Mittel der Vereitelung betrifft, so stellen sich auch die Entwürfe von 1913 und 1919 auf den Standpunkt des Vorentwurfs und lassen die Beschränkung auf die Wegnahme allein fallen und als Mittel der Begehung daneben auch die ganz oder, wie jetzt ergänzend hinzugefügt wurde, teilweise Zerstörung der Sache zu.

Als wesentlichste Aenderung gegenüber dem Vorentwurf und dem geltenden Recht, die nur Rechten an beweglichen Sachen einen Strafschutz gewähren, aber analog der Forderung des Gegenentwurfs, läßt der Entwurf von 1919 in Uebereinstimmung mit dem der Strafrechtskommission diese Beschränkung fallen. Sie war berechtigt, solange nur die Wegnahme der Sache mit Strafe bedroht war. Da jetzt jedoch als Tätigkeitshandlung des Vereitelns auch die ganz oder teilweise Zerstörung aufgenommen wurde, ist der einzige Grund weggefallen, der den Gesetzgeber bestimmen konnte, den Schutz, den er beweglichen Sachen gewährt, nicht auch auf die im heutigen Rechtsleben so hoch bewerteten unbeweglichen Sachen auszudehnen. Man kann dagegen vielleicht einwenden, daß die Fälle einer Zerstörung einer unbeweglichen Sache durch den Eigentümer sehr selten seien. Doch wäre es ungerecht, ausschließlich Bedürfnisgründe für das Strafrecht maßgebend sein zu lassen. Die Aufnahme des Schutzes der unbeweglichen Sachen kann nie zu Härten Anlaß geben, wohl aber könnte ein Ausschalten dieses Schutzes dahin führen. Es wurde daher unseres Erachtens sehr zu Recht der bisherige Schutz der beweglichen Sachen auch auf die unbeweglichen Sachen ausgedehnt.

Wenn der Hauswirt dagegen geschützt wird, daß der Mieter die eingebrachten Sachen zerstört und ihn dadurch um sein Pfand bringt, so ist es nur billig, auch dem Hypothekengläubiger einen Schutz gegen Verwüstungen des Grundstücks zu geben, die der Eigen-

tümer vornimmt, um die Ausübung des Hypothekenrechts zu vereiteln.[16])

Der Kreis der geschützten Rechte ist im wesentlichen der gleiche wie im geltenden Recht. Wie schon früher, so ist auch jetzt noch geschützt das Nutznießungsrecht, das dem Ehemann am Frauengut, dem elterlichen Gewalthaber am Kindesvermögen, dem Vorerben an der Erbschaft zusteht.

Eine vom Nutznießungsrecht nach der Auffassung des bürgerlichen Rechts verschiedene rechtliche Natur hat der Nießbrauch. Beim Nutznießungsrecht ist das familienrechtliche Verwaltungsrecht und das Nießbrauchsrecht zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen, und zwar in der Weise, daß das sachenrechtliche Verhältnis hinter dem familienrechtlichen zurücktritt.[17]) Dieser Unterschied wurde daher in der neuen Fassung der Entwürfe berücksichtigt und das Nießbrauchsrecht neben dem Nutznießungsrecht getrennt angeführt.

Schon im Gegenentwurf wurde vorgeschlagen, statt von Gebrauchs- und Zurückbehaltungsrecht „an einer Sache" von einem solchen „in Ansehung der Sache" zu sprechen; denn da es sich hier um dingliche Rechte nicht immer zu handeln bräuchte, sei es nicht folgerichtig, von Rechten „an einer Sache" zu sprechen, wie es der Vorentwurf tat. In den Entwürfen von 1913 und 1919 ist durch Umstellung des Textes eine solche Aenderung des Wortlautes vermieden worden.

Ebenso drücken sich beide Entwürfe auch präziser aus im Hinblick auf das Pfandrecht. Das bürgerliche Recht bezeichnet die Grundpfandrechte nicht als Pfandrechte, sondern als Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden. Demgemäß spricht der Entwurf von 1919 auch nicht mehr von Pfandrechten schlechthin, sondern von Rechten auf Befriedigung aus der Sache. Dabei ist wegen der Einbeziehung der unbeweglichen Sachen zu bemerken, daß unter „Rechten auf Befriedigung aus der Sache" neben den Pfandrechten an beweglichen Sachen auch solche, ein Recht auf Befriedigung aus einem Grundstück gewährenden Rechte fallen, wie z. B. Hypotheken und Reallasten und das Recht des persönlichen Gläubigers, der die Beschlagnahme des Grundstücks durch Anordnung der Zwangsversteigerung erwirkt hat (§ 10 Ziff. 5 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung von 1897.[18]) Diese Erweiterung erscheint aber nicht unzweckmäßig, da gerade bei Reallasten, z. B. bei Streitigkeiten mit Altenteilsberechtigten, eine Rechtsvereitelung durch Zerstörung der dienden Sache nicht selten vorkommen wird.[19])

[16]) Beispiel aus der Begründung zum Vorentwurf.

[17]) Ueber die einzelnen Unterschiede zwischen Nutznießungsrecht und Nießbrauch vgl. RG. in JW. 1909, S. 145.

[18]) In diesem letzteren Fall kommt aber nur § 195 des Entwurfs von 1919 (bzw. § 137 RStGB., § 142 Vorentwurf, § 203 Kommissionsentwurf) in Anwendung.

[19]) So auch die Begründung zum Entwurf von 1919.

Der Täter kann wie im geltenden Recht nur der Eigentümer der Sache sein. Diesem steht gleich, wer die Handlung mit dessen Einwilligung oder zu seinen Gunsten vornimmt. Damit sind die Entwürfe von 1913 und 1919 wieder von der im Vorentwurf vorgesehenen Ausdehnung auf jeden Dritten abgekommen und zu dem ursprünglichen Grundgedanken des Tatbestandes, den Berechtigten gegen Rechtsbeeinträchtigungen durch den Verpflichteten zu schützen, zurückgekehrt.

Um auch die Fälle zu treffen, in denen jemand im Auftrage des Eigentümrs die Sache zerstört, wird auch der als Täter bezeichnet, welcher mit Einwilligung des Eigentümers handelt.

Bezüglich der Schuldart wurde der Meinung in der Literatur der Vorzug gegeben, welche gegen das Erfordernis der „Absicht" als unzweckmäßige Einschränkung ankämpft und unser Delikt als bloßes Vorsatzdelikt sehen will.[20])

Die Freiheitsstrafe setzen beide Entwürfe gegenüber dem geltenden Recht, entsprechend dem Vorentwurf, von drei Jahren auf zwei Jahre Gefängnis herab. Daneben kann auch auf Geldstrafe erkannt werden. Diese ist entsprechend dem System der beiden Entwürfe bis zur Höhe [21]) von 20 000 RM. zulässig.

Die Strafbarkeit des Versuchs wurde beibehalten, und zwar ist diese um so notwendiger, als ja die Vollendungsstrafe auf den Erfolg der Rechtsvereitelung abgestellt ist.

Wie im bisherigen Recht hängt die Bestrafung des Vergehens von einem Antrag ab. Dagegen erklärt der Entwurf von 1919 wie auch der der Strafrechtskommission anders als das geltende Recht und der Vorentwurf die Tat nicht für straflos, wenn sie gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen einen Ehegatten begangen worden ist. Der Grundgedanke der Vorschrift im geltenden Recht ist der, den Familienfrieden zu wahren. Dem ist aber auch dadurch genügend Rechnung getragen, daß, wenn die Tat gegen einen Angehörigen begangen wurde, der Antrag zurückgenommen werden kann (Absatz 4).[22])

Die Rechtsprechung nimmt gegenwärtig an, daß der Tatbestand des § 289 RStGB. auch dann gegeben ist, wenn der Mieter oder Pächter dem Vermieter oder Verpächter seine in die Mieträume eingebrachte Sache wegnimmt, die zwar der Pfändung und dem gesetzlichen Vermieterpfandrecht nicht unterliegt, an der der Mieter usw. aber dem Vermieter usw. ein vertragliches Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht eingeräumt hatte. Diese Auslegung wurde vielfach angefochten. Es läßt sich auch nicht verkennen, daß sie im Ergebnis dazu führt, das Verbot der Kahlpfändung nutzlos zu machen. Der Entwurf von 1919 schreibt daher im Absatz 5 als Neuerung, insbesondere

---

[20]) So besonders Binding in Gerichtssaal Bd. 77, S. 52.

[21]) Im geltenden Recht nach § 27 RStGB. bis zur Höhe von 10 000 RM. zulässig.

[22]) Siehe RG. Bd. 35, 150 und 37, 118.

auch gegenüber dem Entwurf der Strafrechtskommission von 1913, ausdrücklich vor, daß die Strafvorschrift der Absätze 1—3 nicht anwendbar ist auf diesen eben erwähnten Fall. Damit spricht er aber zugleich unmittelbar aus, daß das sogenannte Rücken des Mieters unter den Tatbestand fällt.

Straflos soll aber nur die Wegnahme sein; die für den Mieter oder Pächter nutzlose Zerstörung, die nur den Zweck haben kann, den Vermieter oder Verpächter zu schädigen, soll weiterhin strafbar bleiben.

Absatz 5 gilt auch dann nicht, wenn sich das gesetzliche Pfandrecht wie im Fall des § 585 BGB. auf unpfändbare Sachen erstreckt. Denn hier ist gerade in gewissem Umfang die Kahlpfändung zugelassen. Es entfällt also der Grund, der zu dieser Sondervorschrift Anlaß gegeben hat.[23]) Ob diese Sondervorschrift für unser Delikt zweckmäßig ist, soll beim Entwurf von 1925 behandelt werden, der diese Vorschrift wieder fallen ließ.

§ 14. Die Entwürfe von 1925 und 1927.

I. Der Entwurf von 1925 (Reichsratsvorschlag).

Auch dieser Entwurf folgt in seinen Kernfragen den Entwürfen früherer Jahre. Auch er beruht auf den Beschlüssen der Strafrechtskommission und verdankt das meiste seinen Vorgängern. Es darf deshalb auch nicht verwunderlich erscheinen, daß auch der Paragraph über die Rechtsvereitelung keine tiefgreifenden Umgestaltungen gegenüber den Entwürfen von 1913 und 1919 mehr erfahren hat.

Im 31. Abschnitt des ersten Buches ist im § 320 unter dem Titel „Rechtsvereitelung" unsere Materie wie folgt geregelt:

> „Wer seine eigene Sache ganz oder zum Teil zerstört oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechts auf Befriedigung aus der Sache oder eines Nießbrauchs-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechts vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> Ebenso wird bestraft, wer die Handlung mit Einwilligung oder zugunsten des Eigentümers vornimmt.
>
> Der Versuch ist strafbar.
>
> Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt."

Auch hier wird wieder wie in den früheren Entwürfen mit Recht die Vollendungsstrafe an den Erfolg der Vereitelung der Rechtsausübung geknüpft. Eine eingehende Würdigung dieser Aenderung gegenüber dem geltenden Recht wurde bereits an früherer Stelle gegeben, so daß wir uns hier mit dem bloßen Hinweise darauf begnügen können. Auch auf die veränderte Ausdrucksweise und ihre Bedeutung

[23]) Siehe Begründung zum Entwurf von 1919 S. 337.

für die geschützten Rechte und Interessen wurde schon bei der Besprechung der früheren Entwürfe näher eingegangen.

Die Zerstörung wurde ebenfalls analog den früheren Entwürfen als strafbar im Tatbestand beibehalten, da sie tatsächlich noch strafwürdiger erscheint als die bloße Wegnahme. Dementsprechend wurde auch wieder von einer Beschränkung auf bewegliche Sachen allein Abstand genommen und dadurch der Kreis der geschützten Personen erheblich erweitert.

Die einzige wichtige Aenderung des Tatbestandes im Entwurf von 1925 geenüber dem Entwurf von 1919 betrifft den Absatz 5 des § 386 dieses letzteren Entwurfs.

Es sollte nämlich nach dem Entwurf von 1919, wie schon oben bei seiner Besprechung ausgeführt, die Strafvorschrift des § 386 keine Anwendung finden, wenn ein Mieter oder Pächter eine in die Mieträume oder das Pachtgrundstück eingebrachte, der Pfändung nicht unterworfene Sache, an welcher dem Vermieter oder Verpächter ein vertragsmäßiges Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, dem Vermieter usw. wegnimmt. Dieser Absatz wurde im Entwurf von 1925 wieder weggelassen. Die Frage, ob an unpfändbaren Sachen des Mieters oder Pächters, die dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters usw. nicht unterliegen, ein vertragliches Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht begründet werden kann, ist bestritten.[24]) Nun handelt es sich aber hier um eine Streitfrage des Privatrechts und nicht des Strafrechts.

Die Frage, ob ein vertragsmäßiges Pfandrecht an unpfändbaren Sachen begründet werden kann, wird vom Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für den Mieter in § 559 Ziff. 4, in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Reichsgerichts [25]), verneint, für ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht dagegen bejaht.[26]) Stellt man sich nun auf den Standpunkt, daß tatsächlich nach bürgerlichem Recht derartige vertragliche Rechte zugunsten des Vermieters usw. bestellt werden können, so besteht für das Strafrecht auch kein Anlaß, diesen so entstandenen Pfand- und Zurückbehaltungsrechten den Strafschutz des Paragraphen über die Rechtsvereitelung zu versagen, während er für die gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechte gelten solle.

Die Freiheitsstrafe ist auf 2 Jahre festgesetzt, die Geldstrafe entsprechend dem § 33 auf 3 RM. bis 10 000 RM.

Wieder ist der Versuch strafbar erklärt und die Verfolgung von dem Verlangen des Verletzten abhängig. Dagegen ist nach dem Entwurf von 1925 eine Zurücknahme des Antrags, wenn sie gegen Angehörige begangen ist, nicht mehr vorgesehen.

Zum Schluß soll noch einiges über die Stellung des Delikts im Entwurf von 1925 gesagt werden.

---

[24]) Näheres darüber siehe bei § 6 dieser Abhandlung: „Das Zurückbehaltungsrecht“.

[25]) So RG. in Warneyers Jahrb. 1921, S. 28.

[26]) So RG. Bd. 35, 150 und 37, 118.

Während im Reichsstrafgesetzbuch eine Anzahl der verschiedensten Delikte unter dem Titel „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse“ zusammengefaßt wurde, hat der Entwurf von 1925 aus dieser buntartigen Reihe von Delikten eine Anzahl neuer Abschnitte gebildet, z. B. Abschnitt 32 „Glückspiel“, Abschnitt 33 „Unberechtigtes Jagen und Fischen“, Abschnitt 31 „Rechtsvereitelung“. Diese Unterteilung in so viele Abschnitte bekämpft Aschrott:[27])

> „Aber auch die Zahl der Abschnitte muß eine Grenze haben, wenn nicht aus dem Zuviel wiederum Unübersichtlichkeit entstehen soll.“

Er wendet sich dabei im besonderen gegen den 31. Abschnitt, der Rechtsvereitelung. Es hätte wenig Sinn, nur einen Paragraphen aus dem früheren Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuches, eben den der Rechtsvereitelung, zu übernehmen und dazu nur noch eine Straftat einzureihen, wie das Abhalten vom Bieten bei öffentlicher Versteigerung (§ 321 des Entwurfs von 1925).

Nun sind wir zwar auch vollkommen der Ansicht Aschrotts, daß es Aufgabe des Gesetzgebers ist, die einzelnen Abschnitte rationell zu bilden. Aber gerade bei den hier in Frage stehenden Delikten käme man damit wieder auf die ursprüngliche Unzulänglichkeit hinaus, daß unter einem Abschnitt alle möglichen Delikte gesammelt sind, die mit seinem Titel fast nichts mehr zu tun haben. Es erscheint uns daher immer noch zweckmäßiger, gerade bei den Delikten, die früher als Fälle des „strafbaren Eigennutzes . . . . .“ vereinigt waren, mehrere Abschnitte zu bilden, deren Inhalt sich wenigens mit dem Titel, unter welchem man den Abschnitt im Strafgesetzbuch aufgeführt, deckt und so jederzeit leicht gefunden werden kann.

Wir finden es daher wohl für richtig, daß auch im Entwurf von 1927 an dieser Einteilung in eine Anzahl von Abschnitten festgehalten worden ist.

II. Der Entwurf von 1927 (Reichstagsvorlage).

Der neueste Entwurf von 1927 unterscheidet sich in grundlegenden Fragen ebenfalls nicht mehr von seinen Vorgängern. Auch unser Delikt wird nur mehr durch kleinere Aenderungen betroffen, die den Zweck haben, eine vollkommene Abrundung der behandelten Materie zu erzielen.

Im 31. Abschnitt des besonderen Teiles ist folgende Norm aufgestellt:

§ 354 „Rechtsvereitelung“.

> „Wer seine eigene Sache zerstört, beschädigt oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechts auf Befriedigung aus der Sache oder eines Nießbrauchs-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechtes ganz

[27]) Aschrott in Kritische Bemerkungen zum Entwurf von 1925, S. 229.

oder zum Teil vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer wissentlich bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung Bestandteile seines Vermögens zerstört, beschädigt, veräußert oder sonst beiseite schafft und dadurch die Befriedigung des Gläubigers ganz oder zum Teil vereitelt.

Die Vorschriften der Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für den, der die Handlung mit Einwilligung oder zugunsten des Schuldners vornimmt.

Der Versuch ist strafbar.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt."

Weiterhin kann hier noch § 47 des Entwurfs von 1927 in Frage kommen, der die Möglichkeit zuläßt, dem Verurteilten für die Dauer von eins bis fünf Jahren die Fähigkeit abzusprechen, öffentliche Aemter zu bekleiden. Als Voraussetzung dafür ist vom Gesetz nur bestimmt, daß sie nur neben einer Gefängnisstrafe von mindestens drei Monaten zulässig ist. Die weiteren Voraussetzungen werden dem richterlichen Ermessen überlassen.

Unser Paragraph über die Rechtsvereitelung knüpft auch im Entwurf von 1927 im Absatz 1 wieder die Strafe an den Erfolg der Vereitelung der Rechtsausübung. Dagegen liegt als Neuerung gegenüber dem Entwurf von 1925 Vollendung des Delikts auch dann schon vor, wenn die Rechtsausübung auch nur zum Teil vereitelt ist.

Während das geltende Recht und alle früheren Entwürfe nur die Wegnahme bzw. die ganze oder teilweise Zerstörung bestrafen, geht der Entwurf von 1927 weiter und erstreckt die Strafdrohung auch auf die bloße Beschädigung. Es liegt auch tatsächlich kein durchschlagender Grund für eine Beschränkung auf die Zerstörung allein vor, da der Charakter der Handlung im Hinblick auf die Strafwürdigkeit derselben bei der Zerstörung der Sache im Grunde kein anderer ist wie bei der bloßen Beschädigung. Letztere beschränkt ebenso gut wie erstere die Ausübung des Rechts, ist also auch genau so eine Vereitelung der Rechtsausübung, wenn auch der Umfang der Beschränkung nicht so groß ist wie bei der vollen Zerstörung.[28])

Im übrigen ist die Behandlung der Rechtsvereitelung im Entwurf von 1927 die gleiche wie im Entwurf von 1925 bzw. den früheren Entwürfen geblieben.

Dagegen ist noch eine rein äußerliche Veränderung unseres Paragraphen durch die Aufnahme der sogenannten „Vollstreckungsvereitelung", die im geltenden Recht im § 288 RStGB. geregelt ist, eingetreten.

Dazu ist vorauszuschicken, daß es bei der Ausarbeit der Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch immer schon ein besonderes

[28]) Gleicher Ansicht auch Lehmann, Sachbeschädigung S. 90.

Problem war, ob auch die strafrechtlichen Nebengesetze in das Reichsstrafgesetzbuch eingearbeitet werden sollten oder nicht. Der Entwurf von 1927 hat ebenso wie seine Vorgänger darauf verzichtet, die strafrechtlichen Nebengesetze allgemein einzufügen und sie einer besonderen Regelung an den für sie passenden Stellen und Gesetzen vorbehalten.

Schon früher wurden auf dem Gebiete des privatrechtlichen Gläubigerschutzes die strafrechtlichen Bestimmungen (§§ 281—283 RStGB.) aus unserem Strafgesetzbuch herausgenommen und in die Konkursordnung (§§ 239—244 KO.) eingereiht. Der Entwurf von 1925 wollte nun entgegen dem Entwurf von 1919 auch die Strafbestimmung des § 288 RStGB. gegen die Vereitelung der Zwangsvollstreckung wegen ihrer nahen Verwandtschaft mit den konkursrechtlichen Strafvorschriften ausgeschieden wissen. An welcher Stelle diese Bestimmung aufgenommen werden sollte, bespricht er nicht, sondern bemerkt nur:

> „Es wird beim Einführungsgesetz zu prüfen sein, wie und an welcher Stelle dafür Ersatz zu schaffen ist."

Diese an und für sich nicht entbehrliche Strafvorschrift wurde im § 354 des Entwurfs von 1927 nach dem Vorschlage von Mamroth[29]) durch eine Erweiterung des § 320 des Entwurfs von 1925 aufgenommen. Es ist nun die Frage, ob diese Einbeziehung des § 288 RStGB. in den Tatbestand des § 354 des Entwurfs von 1927 als ein Vorteil anzusehen ist.[30]

Nach der neuen Formulierung des § 289 RStGB. in den letzten Entwürfen ist, wie schon erwähnt, der entscheidende Grundgedanke der Strafvorschrift deutlich dahin zum Ausdruck gebracht, daß der Eigentümer nicht nur deshalb, weil er dem Berechtigten die Sache wegnimmt usw., strafwürdig ist, sondern hauptsächlich darum, weil er dadurch dem Berechtigten die Möglichkeit nimmt, sein Recht auszunützen. Dieser Gesichtspunkt ist aber auch der leitende für die geltende Strafbestimmung des § 288 RStGB. Dieser erklärt allerdings schon die Rechtsvereitelung als solche (so wie im geltenden Recht auch § 289 RStGB.), wenn sie nur in der entsprechenden rechtswidrigen Absicht erfolgte, für strafbar, während § 354 des Entwurfs von 1927 die Strafbarkeit an den tatsächlich eingetretenen Erfolg der Rechtsvereitelung knüpft. Dieser Strafzweck wird aber auch dadurch erreicht, daß nach Absatz 4 des § 354 auch der Versuch strafbar ist.

Die strafbare Tätigkeit besteht bei diesem Delikt darin, daß der Schuldner die Befriedigung des Gläubigers, von dem die Zwangsvollstreckung droht, dadurch vereitelt, daß er Bestandteile seines Vermögens „zerstört, beschädigt, veräußert oder sonst beiseite schafft". Unter „Veräußern" fällt dabei jede Handlung, die Vermögenswerte

[29]) Mamroth in Reform des Reichsstrafgesetzbuches.

[30]) In bezug auf Oesterreich ist hier zu bemerken, daß es diese Vorschriften nicht in seinen Entwurf mit aufnahm.

aus der Vollstreckungsmasse ausscheidet, also z. B. eine andere Belastung oder der Erlaß einer Schuld. Zur Erfüllung des Tatbestandes ist also nötig, daß bestimmte Vermögensteile durch den Schuldner dem Zugriff des Gläubigers entzogen werden.

Da im Entwurf von 1927 die unbeweglichen Sachen den beweglichen gleichgestellt sind, kann man daraus keine Bedenken herleiten, daß die Vollstreckungsvereitelung des § 288 RStGB. auch durch Veräußerung von Immobilien erfolgen kann. Neben der Veräußerung nennt der Entwurf auch die Zerstörung und die Beschädigung. Es ist dies gegenüber dem § 288 RStGB. die gleiche Erweiterung wie auch bei unserem eigentlichen Delikt der Rechtsvereitelung und beruht auch auf dem gleichen Gedanken wie die Ausdehnung des strafbaren Tatbestandes auf das Zerstören und Beschädigen im Absatz 1.

Angriffsgegenstand ist hier wie im Absatz 1 des § 354 das fremde Recht, und Ziel des Angriffs, das Recht des Gläubigers auf Befriedigung zu vereiteln. Es war also nicht unzweckmäßig, zur Vereinfachung des zukünftigen Strafgesetzbuches auch das Delikt der Vollstreckungsvereitelung im Rahmen des § 354 über die Rechtsvereitelung zu behandeln.

Täter dieses Vergehens ist der, dem die Zwangsvollstreckung droht, also der Schuldner im Sinne der Zivilprozeßordnung. § 288 RStGB. beschränkt sich auf diesen Fall der Täterschaft; dagegen erstreckt der Entwurf von 1927 die Strafbarkeit auch auf den, der die Handlung mit Einwilligung oder zugunsten des Schuldners vornimmt, und beseitigt damit eine Lücke des geltenden Rechts, da nach diesem z. B. Vorstandsmitglieder einer juristischen Person straflos bleiben, wenn sie deren Vermögen bei einer drohenden Zwangsvollstreckung beseitigen.

Das Auftauchen des § 288 RStGB. im § 354 des Entwurfs von 1927 rechtfertigt wohl die Abschweifung vom eigentlichen Thema dieser Arbeit. Dagegen muß eine eingehende Behandlung des § 288 RStGB., außer der Betrachtung der Parallelen der beiden im § 354 enthaltenen Delikte als außerhalb der Aufgabe dieser Abhandlung liegend, unberücksichtigt bleiben.

Einige Worte sollen jedoch noch über den subjektiven Tatbestand im § 354 des Entwurfs von 1927 gesagt werden. Die Einschränkung auf den Vorsatz, die ja schon in den letzten Entwürfen vorgeschlagen wurde, ist gerade durch die Einschiebung des Absatz 2 zur Notwendigkeit geworden. Im § 18 Abs. 2 wird der Absichtsbegriff dahin bestimmt:

> „Absichtlich handelt der Täter, wenn es ihm darauf ankommt, den im Gesetz bezeichneten Erfolg herbeizuführen."

Der Täter könnte also beim Erfordernis der Absicht in unserem Fall nur dann bestraft werden, wenn er es darauf abgesehen hätte, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln. Nun wird jedoch, abgesehen von der Zerstörung und Beschädigung der Schuldner, nur

in den seltensten Fällen es ausdrücklich darauf abgesehen haben, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln. Vielmehr wird er regelmäßig nur deshalb handeln, um sein Vermögensstück zu erhalten. Wäre nun das Delikt ein Absichtsdelikt, so wäre die Strafvorschrift infolge ihrer zu weitgehenden Einschränkung in den meisten Fällen nicht anwendbar. Dagegen wird der Zweck des Paragraphen wohl erreicht durch das Erfordernis des bloßen Vorsatzes für den § 354, der ja nicht nur für die sogenannte Vollstreckungsvereitelung, sondern auch für unser eigentliches Delikt zweckmäßiger ist.[31])

Die Strafbarkeit des Versuchs ist für beide Delikte unentbehrlich und deshalb beibehalten worden.

Die Strafdrohung ist für beide Tatbestände auf Gefängnis bis zu zwei Jahren und wahlweise Geldstrafe bis zu 10 000 RM. festgesetzt, welch letztere bei Gewinnsucht bis auf 100 000 RM. erhöht werden kann (§§ 37 und 38 des Entwurfs von 1927).

Auch die Strafverfolgung ist wieder als dem Wesen des Delikts entsprechend vom Verlangen des Verletzten abhängig gemacht.

Die Strafbarkeitsverjährung beträgt nach § 79 Ziff. 3 fünf Jahre.

Zum Schluß soll noch die Frage, ob bei der Begehung der Rechtsvereitelung, die zugleich auch noch andere Tatbestände des Strafgesetzbuchs erfüllt, Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegt, kurz gestreift werden. Hierbei ist zu beachten, daß diese Frage im Entwurf von 1927 hinsichtlich der Strafbemessung gleichgültig ist, da der Entwurf darauf verzichtet, verschiedene Regeln dafür aufzustellen; hinsichtlich einer Möglichkeit der Ideal- oder Realkonkurrenz bleibt dagegen diese Frage unberührt. Erstere dürfte trotz der Umgestaltung des Delikts auch jetzt noch in den früher angeführten Fällen möglich sein, also z. B. mit Sachbeschädigung, Körperverletzung usw. Praktischen Wert besitzt jedoch die in verschiedenen Fällen des geltenden Rechts[32]) bestrittene Frage, ob im einzelnen Fall Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegt, wegen des § 65 des Entwurfs von 1927 nicht mehr.

[31]) So besonders, wie schon früher erwähnt, Binding in Gerichtssaal Bd. 77, S. 52.

[32]) Siehe darüber Näheres bei § 11 dieser Abhandlung.

IV. Teil.

Ausländische Gesetzgebung.

§ 15. Oesterreich und die Schweiz.

1. Oesterreich.

Das zur Zeit noch in Oesterreich geltende Strafgesetzbuch von 1852 behandelt die Besitzentwendung nicht. Diese ist nur im § 3 der Novelle vom 25. Mai 1883 gegen die Vereitelung der Zwangsvollstreckung geregelt. Hiernach machte sich strafbar, wer seine eigene Sache aus dem Besitz des Pfandgläubigers entzieht.

Der Entwurf I zu einem neuen österreichischen Strafgesetzbuch stimmt im § 312 hinsichtlich der Umschreibung des Tatbestandes der Rechtsvereitelung fast wörtlich mit der Fassung im deutschen Reichsstrafgesetzbuch überein und weicht nur insofern davon ab, als er auch einen Dritten treffen will, der mit Zustimmung des Eigentümers, gleichgültig ob auch zu dessen Gunsten oder nicht, die Wegnahme vollzieht.

Weiterhin stellen die Entwürfe II—VII[1]) auch noch den Fall unter Strafe, daß eine vom Gläubiger gepfändete und in Verwahrung des Schuldners belassene Sache durch diesen beiseite geschafft wird. Diese wird nach geltendem deutschen Recht als ein Fall des § 137 RStGB. bestraft. Die Verfolgung soll nur mittels Privatklage eintreten.

Der Regierungsentwurf von 1912 formuliert in § 375 unser Delikt folgendermaßen:

1. „Wer seine eigene Sache dem Nutznießer oder Pfandgläubiger wegnimmt oder durch Zerstörung oder Beschädigung ganz oder teilweise entzieht, um sich oder einem Dritten einen unberechtigten Vermögensvorteil zuzuwenden oder um dem Berechtigten einen rechtswidrigen Vermögensnachteil zuzufügen,
2. wer eine fremde Sache dem Nutznießer oder Pfandgläubiger im Einverständnis mit dem Eigentümer wegnimmt oder

---

[1]) I) Reg.-Vorl. 1874; II) Aussch.-Beschl. dazu; III) Reg.-Vorl. 1881; IV) Reg.-Vorl. 1889; V) Aussch.-Beschl. dazu; VI) Reg.-Vorl. 1891; VII) Aussch.-Beschl. dazu 1893.

durch Zerstörung oder Beschädigung ganz oder teilweise entzieht, wird mit Gefängnis oder Haft bis zu 1000 Kronen bestraft."

Der österreichische Entwurf geht hier also weiter wie der deutsche Vorentwurf von 1909, da er auch die Zerstörung und Beschädigung der Sache unter Strafe stellt und auch unbewegliche Sachen schützen will.

Das Bestreben der Strafrechtsangleichung des österreichischen Rechts an das deutsche, welche, abgesehen von politischen Erwägungen, insbesondere auch in kultureller Hinsicht als sehr wünschenswert erscheint, führte dazu, daß in Oesterreich die Reform nach dem Kriege nicht mehr auf den österreichischen Entwurf zurückgriff, sondern gemeinsam mit Deutschland an die Frage eines einheitlichen Strafgesetzbuches heranging. Es erfolgten also bei der Vorbereitung der deutschen Entwürfe gemeinsame Verhandlungen, die im gemeinsamen Entwurf vom Jahre 1925 gipfelten, der in Oesterreich ebenfalls im Jahre 1927 dem Nationalrat zugeleitet wurde.

Der deutsche und der österreichische Entwurf von 1927 sind einander infolge der gemeinsamen Verhandlungen bis auf Kleinigkeiten analog[2]).

Die Rechtsvereitelung ist im österreichischen Entwurf auch im § 354 geregelt, und zwar wie folgt:

„Wer seine eigene Sache zerstört, beschädigt oder einem anderen wegnimmt und dadurch die Ausübung eines Rechts auf Befriedigung aus der Sache oder eines Frucht-genuß-, Gebrauchs-, Wohnungs- oder Zurückbehaltungsrechtes ganz oder zum Teil vereitelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Die Vorschriften des Absatz 1 gelten entsprechend für den, der die Handlung mit Einwilligung oder zugunsten des Eigentümers vornimmt.

Der Versuch wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt."

Wenn der österreichische Entwurf hier von Fruchtgenuß spricht, so ist darunter keine besondere Abweichung vom deutschen Entwurf zu sehen, sondern nur eine Angleichung an den österreichischen Sprachgebrauch. Dagegen wurde der Absatz 2 des deutschen Entwurfs von 1927 von Oesterreich nicht mit übernommen, da das Konkursstrafrecht im deutschen Recht von dem österreichischen abweicht und das zukünftige österreichische Strafgesetzbuch diese Bestimmungen zusammenhängend an anderer Stelle regeln will, ähnlich wie auch der deutsche Entwurf von 1925 es vorschlug.

[2]) Das heißt hauptsächlich im Hinblick auf unser Delikt gesprochen. Dagegen enthält der österreichische Entwurf z. B. in bezug auf die Todesstrafe schon einige wesentliche Aenderungen gegenüber dem deutschen Entwurf.

Neben der Zusammenarbeit mit Oesterreich hat man schon vom Anfang der Strafrechtsreform an auch den übrigen ausländischen Gesetzgebungen und Reformarbeiten, besonders auf dem Gebiete des Strafrechts, Beachtung geschenkt. Aus diesen Bestrebungen heraus entstand schon zu Beginn der deutschen Reformarbeiten die „vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts[3])“. Weiterhin bringt auch der Entwurf von 1927 als Anlage 1 „die Behandlung wichtiger Fragen der Strafrechtsreform in der ausländischen Gesetzgebung“.

2. Die Schweiz.

Die Schweiz ist ebenfalls mit der Reform eines einheitlichen Strafgesetzbuchs für den ganzen Bund beschäftigt, da die meisten Delikte heute noch nicht einheitlich geregelt sind, sondern der Gesetzgebung der einzelnen Kantone überlassen sind. Das Bundesstrafgesetzbuch von 1853 ist nur für solche Delikte, die gegen die Interessen des ganzen Bundes, nicht des einzelnen Kantons verstoßen. Auch die Besitzentwendung ist in den einzelnen Bundesländern verschieden behandelt. Unter diesen gibt es eine Gruppe, die unser Delikt als Fälle der Unterschlagung bezeichnen, so der Kanton Unterwalden, während andere, wie der Kanton Luzern, sie unter Diebstahl einreihen. Wieder andere betrachten sie als Sonderdelikt und behandeln sie ähnlich wie unser Strafgesetzbuch, so der Kanton von Schaffhausen (§ 229) und Basel (Art. 155, Abs. 1).

Die Vorschläge der schweizerischen Vorentwürfe von 1894 (Art. 74) und 1896 (Art. 72) stimmen im wesentlichen mit dem geltenden deutschen Recht überein, während der Entwurf von 1903 (Art. 88) und der von 1908 (Art. 89) außer der Entziehung aus der Verfügungsgewalt des Berechtigten, analog den neueren deutschen Entwürfen auch die Zerstörung oder Beschädigung der Sache, mit Strafe (Gefängnis oder Buße bis zu 1000 Franken) bedrohen.

Der neueste Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918 formuliert wie folgt:

> 128.[4]) „Der Schuldner, der in der Absicht, seinen Gläubiger zu schädigen, seine Sache, die der Gläubiger als Faustpfand oder als Retentionsgegenstand besitzt, diesem entzieht, sie beschädigt, zerstört oder unbrauchbar macht, der Dritte, der eine solche Handlung zum Vorteil des Eigentümers vornimmt, wird auf Antrag mit Gefängnis bestraft.“

Wie dieser letzte Entwurf, lautete auch schon der Art. 134 im Entwurf von 1916.

---

[3]) Vgl. hierzu hauptsächlich Bd. 6, S. 320 ff. des besonderen Teils.

[4]) Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918 im Bundesblatt der Schweiz. Eidgenossenschaft 1918.

§ 16. Die hauptsächlichsten europäischen und einige außereuropäische Gesetze und Entwürfe. [5])

1. Italien.

Das italienische Strafgesetzbuch von 1889 enthält keine einschlägige Gesetzesbestimmung. Durch den italienischen Kassationshof (27. April 1892) wurde ausgesprochen, daß die Wegnahme der eigenen Sache, an der ein anderer ein Zurückbehaltungsrecht oder ein vertragsmäßig eingeräumtes Pfandrecht hat, nicht als Diebstahl zu bestrafen sei.

Auch der neue italienische Entwurf von 1927 [6]) sieht keine Regelung unsers Deliktes vor.

2. Spanien und Portugal.[7])

Wie das italienische Strafgesetzbuch, so hat auch das spanische aus dem Jahre 1870 keine entsprechende Bestimmung.

Dagegen werden nach Art. 422 des portugiesischen Strafgesetzbuches von 1886 die Strafen für Diebstahl demjenigen auferlegt, der betrügerischerweise eine ihm zugehörige Sache entwendet, die als Pfand oder Hinterlegung in jemandes Gewalt ist, oder die er zerstört oder abhanden kommen läßt, wenn sie in seiner Gewalt, auf gerichtliche Anordnung verpfändet oder hinterlegt ist.

Dieser Art. 422 bestraft also auch nur einen Fall des § 289 RStGB. und erachtet für diesen die Strafe des Diebstahls als gegeben.

3. Ungarn.

Das ungarische Strafgesetzbuch von 1878 enthält die Bestimmung des deutschen Strafgesetzbuches mit geringen Abänderungen. Die Pfandkehr ist geregelt im § 368, der in deutscher Uebersetzung lautet [8]):

> „Wer seine eigene bewegliche Sache oder mit Zustimmung oder zugunsten des Eigentümers eine fremde bewegliche Sache dem Nutznießer, Pfandbesitzer oder demjenigen, welcher an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, rechtswidrig wegnimmt, begeht ein Vergehen und wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten und an Geld bis zu 1000 Gulden bestraft."

§ 369: Bei Ehegatten usw. nur auf Antrag.

Es wird also im ungarischen Strafgesetzbuch in Erweiterung der geltenden deutschen Strafbestimmungen nicht nur die Wegnahme

---

[5]) Zum ganzen Paragraphen beachte besonders Harburger und Lenz a. a. O.

[6]) Bei Crivellari, Vol. 8, p. 99.

[7]) In der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung. (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1903, Nr. 19).

[8]) In der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung. (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1910, Nr. 30.)

zugunsten des Eigentümers, sondern auch die mit dessen Zustimmung erfolgte bestraft. Auch spricht dieser § 368 von Pfandbesitzer, nicht nur von Pfandgläubiger, hat also hier einen weiteren Rahmen wie im Reichsstrafgesetzbuch. Weiterhin ist an Stelle der wahlweisen Gefängnis- und Geldstrafe des deutschen Rechts eine kumulative Fassung getreten, nämlich Freiheitsstrafe bis zu . . . und Geldstrafe bis zu . . .[9])

4. Bulgarien.[10])

Bulgarien erachtet es in Art. 355 Abs. 2 seines Strafgesetzbuches als „widerrechtliche Zueignung", wenn der Schuldige seine eigene oder aber eine fremde Sache mit Einwilligung oder im Interesse ihres Eigentümers widerrechtlich demjenigen entzieht, dem sie verpfändet ist oder dem ein Recht auf ihren Gebrauch zusteht.

Nach Art. 337 mit Art. 318 findet bei Angehörigen des Täters als Geschädigten Verfolgung nur auf Antrag statt.

5. Norwegen.

Das norwegische Strafgesetzbuch von 1902 hat im § 280 ein Sonderdelikt geschaffen. Es bedroht auf Antrag mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu drei Jahren zunächst nur denjenigen, der einen ihm gehörigen Vermögensgegenstand, an dem ein anderer ein Pfand- oder sonstiges Sicherungsrecht hat, dem Berechtigten entzieht, so daß er ihm nicht zugute kommt, und denjenigen, der dies zum Vorteil des Eigentümers oder mit dessen Einwilligung tut. Durch die weitere Bestimmung des § 392, daß, wer rechtswidrig sich oder andere in den Besitz einer beweglichen Sache setzt, mit Geldstrafe oder, wenn der Wert zehn Kronen übersteigt, mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft wird, ist für die Strafverfolgung auch der anderen hierher gehörigen Fälle wenigstens einigermaßen Sorge getragen.

Diesem Sinne entsprach auch schon der Entwurf eines Strafgesetzbuches für Norwegen von 1885[11]) (Motive).

6. Finnland.[12])

Das Strafgesetzbuch von 1889 kodifiziert unser Delikt im § 5 des 38. Kapitels wie folgt:

> „Wer rechtswidrig eigene Sachen, die ein anderer als Pfand oder Sicherheit besitzt oder die dieser zurückzuhalten oder zu benutzen berechtigt ist, wegnimmt oder wegschafft, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu einem Jahr

[9]) So Harburger a. a. O. S. 328.

[10]) In der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung. (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1898, Nr 12.)

[11]) Herausgegeben von Reinhard Frank, übersetzt von Christian Weber. Berlin 1912.

[12]) In der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung. (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1891, Bd. 11.)

bestraft, im Falle nicht die Handlung durch ein anderes Gesetz mit einer schwereren Strafe bedroht ist."

Es wird hier also wie auch im § 289 RStGB. nur die Wegnahme der Sache mit Strafe bedroht und nicht, wie in den deutschen Entwürfen, jetzt auch die Zerstörung oder Beschädigung.

7. Rußland.[13])

Das Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Förderativen Sewjetrepublik (R.S.F.S.R.) und der Ukrainischen Sozialistischen Sowjetrepublik (U.S.S.R.) von 1922 enthält keine hier einschlägige Bestimmung.

Die Kapitel V. und VI, welche die Delikte gegen das Vermögen und das Leben enthalten, sind überhaupt recht dürftig behandelt. Man gewinnt den Eindruck, daß dieser Teil des Strafgesetzbuches, von Kurski auch als Ueberbleibsel aus der vorrevolutionären Zeit bezeichnet, die Verfasser des Gesetzbuches in geringerem Maße interessiert hat, und daß er, als hauptsächlich das Individuum schützend, absichtlich stiefmütterlich behandelt worden ist.

Uebrigens ist dieses Strafgesetzbuch von 1922 im Jahre 1926 schon wieder durch ein neues ersetzt worden, welches dem Verfasser dieser Arbeit aber infolge mangelndem Schrifttums nicht zugänglich war.

8. Tschechoslowakei.

In der Tschechoslowakei sind ebenfalls Bestrebungen, ein neues Strafgesetzbuch zu schaffen, im Gange. Der „Vorentwurf eines Strafgesetzbuches für die Tschechoslowakei" von 1925 schlägt im § 328 unter dem Titel „Vermögensbeschädigung" vor:

> „Wer in der Absicht, dadurch einem anderen rechtswidrig einen Vermögensschaden zuzufügen, die Ausübung eines Fruchtnießungs-, Gebrauchs-, Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes dadurch ganz oder teilweise vereitelt, daß er eine mit diesem Recht belastete Sache vernichtet, beschädigt, unbrauchbar macht, beiseite schafft oder einem anderen wegnimmt, wird mit Gefängnis von 14 Tagen bis zu sechs Monaten (§ 78) oder mit Kerker von einem Monat bis zu einem Jahr bestraft."

Wie ersichtlich, trifft diese Strafdrohung nicht nur den Eigentümer der Sache, sondern auch jeden Dritten, der die Tat mit Einwilligung des Eigentümers verübte. Zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen wird, wie in den deutschen Entwürfen, kein Unterschied gemacht. Dagegen ist das Delikt wie § 289 RStGB. ein Absichtsdelikt.

[13]) Freund, Strafgesetzbuch Sowjetrußlands. Berlin und Leipzig 1925.

9. Frankreich.

Dem Code pénal von 1810 (neugefaßt im Jahre 1832) war die Besitzentwendung ursprünglich unbekannt. Der Kassationshof hatte dagegen wiederholt ausgesprochen, daß die Wegnahme einer zum Pfand gegebenen Sache durch den Schuldner kein Diebstahl sei. Seit der Novelle vom 13. Mai 1863 bedroht der Art. 400 Abs. 5 mit der Strafe des Art. 401 wenigstens den Fall, daß ein Schuldner, Darlehensnehmer oder dritter Pfandsteller die von ihm zu Pfand gegebenen Sachen vernichtet oder beiseite schafft oder dies versucht. Art. 400 Abs. 5 lautet:

> „Les peines des art. 401 seront egalement applicables a tout debiteur, emprunteur ou tiers donneur de gage, qui aura détruit, détourné ou tenté de détruire ou de détourner des objets par lui donnés a titre de gages."

Diese Bestimmung trifft natürlich nicht den Mieter, der unter Mißachtung des gesetzlichen Privilegs des Vermieters (Code civil Art. 3102) seine eingebrachten Sachen „rückt".

Obwohl hier unser Delikt der Lehre vom Diebstahl einverleibt ist, enthält Art. 400 Abs. 5 doch eine Sondervorschrift und läßt daher keine Unterordnung unter eine andere Deliktsgattung zu. Es können also auch die Regeln des Diebstahls, insbesondere was den Rückfall oder die persönlichen Beziehungen zwischen Täter und Verletzten betrifft, keine Anwendung finden.

10. Niederlande.[14])

Im niederländischen Strafgesetzbuch von 1881 ist die Pfandkehr im Art. 348 geregelt, der eine Uebersetzung des § 289 RStGB. ist:

> Art. 348: „Wer seine eigene Sache oder im Interesse des Eigentümers eine ihm nicht gehörende Sache einem anderen, welcher an derselben ein Pfandrecht, Zurückbehaltungsrecht, Nießbrauchs- oder Gebrauchsrecht hat, vorsätzlich entzieht, wird mit Gefängnis bis zu 1 Jahr und 6 Monaten bestraft."

Die Bestimmung des Art. 316 (Ehegatten usw.) ist hier anwendbar.

Art. 348 weicht also vom § 289 RStGB. nur insofern ab, als einerseits die Verfolgung nicht von einem Strafantrag abhängig ist (außer wenn der Täter Angehöriger des Verletzten ist) und andererseits sich die übrigens niedrigere Gefängnisstrafdrohung nicht auf den Dritten erstreckt, der zugunsten des Eigentümers handelt.

11. England.

Manche Rechte haben nur einzelne Fälle unseres Deliktes in Betracht gezogen, für die sie dann aber Diebstahl als gegeben angenommen haben.

[14]) In der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung. (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1881, Bd. 1.)

So auch das englische Recht, z. B. wenn jemand seine eigene Sache einem Pfandleiher entwendet oder in der Absicht, trotzdem Ersatz zu verlangen, sonst jemandem, dem er sie übergeben oder anvertraut hat, wegnimmt.

Der englische Entwurf von 1878 schlägt in Sektion 266 außerdem vor, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren denjenigen zu bestrafen, der eine diebstahlsfähige Sache wegnimmt in der rechtswidrigen Absicht, dadurch einen aus ihrem Besitz sich ergebenden Vermögensteil einem Dritten auf die Dauer zu entziehen.

Im Originaltext[15]) lautet Sektion 266 unter der Ueberschrift „Concealing Goods“:

> „Every one shall be quilty of an indictable offence, and shall be liable upon conviction therof to two years' imprisonment with hard-labour, who moves takes or conceals anything capable of being stolen with the fraudulent intention of thereby permanently depriving some person other than the owner of any pecuniary benefit arising from the possession thereof.“

Damit haben wir unser Delikt durch die hauptsächlichsten Staaten Europas und ihre Behandlung in denselben betrachtet und wollen zum Schluß auch noch zwei Beispiele anführen für die Behandlung dieser Materie in außereuropäischen Strafgesetzen.

12. Amerika.

Nach amerikanischem Recht ist es strafbar, wenn jemand heimlich seine eigene Sache aus dem Besitz eines anderen entwendet, der ein gesetzliches Retentionsrecht daran hat.

13. Japan.

Die Entwürfe zu einem japanischen Strafgesetzbuch von 1893 und 1903 (Art. 297 und 286) nehmen zum Diebstahl die Wegnahme einer eigenen Sache, die auf Grund eines Faustpfandes oder eines Zurückbehaltungsrechtes dem Besitz eines anderen zugehört. So lautet z. B. Art. 286 des Entwurfes von 1903 in deutscher Uebersetzung[16]):

> „Dem fremden Vermögen wird solch eigenes gleichgeachtet, welches zufolge eines Pfandrechts oder Retentionsrechts sich in einem fremden Besitz befindet.“

---

[15]) In „Report of the Royal Commission. The Law Relating to indictable Offences“. London 1879.

[16]) In der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung. (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1908, Nr. 23.)

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch eines deutschen Strafrechts. 1922.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. 1925.

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches. 1926.

Aschrott-Liszt, Reform des Strafgesetzbuches. 1910.

Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1898.

Binding, Lehrbuch des allgemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil. 1904/05.

— Die Normen und ihre Uebertretung, Bd. 1 u. 2. Leipzig 1916/20.

Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zum Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918.

Braunschweig, Strafgesetzbuch vom 10. Juli 1840.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte in Bindings Handbuch, Bd. 2. 1892.

Colin, Paul, Code et Lois pour la France. Paris 1924.

Crivellari, Il codice penale. Turin 1898.

Damerow, Das furtum possessionis im römischen und heutigen Recht. Dissertation. Erlangen 1911.

Deutsche Juristenzeitung.

Doerr, Friedrich, Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Berlin 1897.

Dollmann, Die Entwendung nach Quellen des gemeinen Rechts. Kempten 1834.

Dreykluft, § 289 RStGB. und sein Verhältnis zu anderen Strafbestimmungen. Dissertation. Erlangen 1896.

Ebermayer, Der Entwurf eines Strafgesetzbuches. Berlin 1914.

Ebermayer, Lobe, Rosenberg, Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts Berlin 1929.

Englischer Strafgesetzbuch-Entwurf von 1878. Report of the Royal Commission. London 1879.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch. 1. Teil: Entwurf der Strafrechtskommission (1913); 2. Teil: Entwurf von 1919; 3. Teil: Denkschrift zum Entwurf von 1919. Berlin 1921.

Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen (Motive). 1912.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1926.

Freund, Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung Sowjetrußlands. Osteuropainstitut 1. Neue Folge 1. Breslau 1925.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches von Kahl, Lilienthal, Liszt, Goldschmidt. Mit Begründung. Berlin 1911.

Goltdammers Archiv für Strafrecht.

Guchachtliche Aeußerungen zum Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1911.

Hälscher, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1884—1887.

Harburger, Strafbarer Eigennutz. Besonderer Teil der vergl. Darstellung des deutschen mit ausländischem Strafrecht. Bd. 6. Berlin 1906.

Hinkel, Die Pfandkehr. Dissertation. Leipzig 1912.

Holzendorf, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 3.

Kadecka, Der österreichische Strafgesetzentwurf. Wien 1927.

Köhler, Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. 1917.

— Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches. Nürnberg 1910.

Kohlrausch, Liszt, Delaquis, Strafgesetzbuch. Berlin 1922.

Kohlrausch, Reform des Strafrechts. Siehe Aschrott-Kohlrausch. Berlin 1921.

Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858.

Lammasch-Rittler, Grundriß des österreichischen Strafrechts. Wien 1926.

Lehmann, Zur Lehre vom objektiven Tatbestand der Sachbeschädigung. Breslau 1910.

Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts. Stuttgart 1893.

Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1927.

— Strafrechtsreform in Deutschland. Bd. 3. Tübingen 1920.

Mommsen, Römisches Strafrecht in Bindings Handbuch der Rechtswissenschaft I 4, 1899.

Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. Berlin 1847.

Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. Berlin 1869.

Müller, Das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten von 1851. Halle 1852.

Olshausen, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 11. Aufl. Berlin 1927.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1910.

Oesterreichisches Strafgesetzbuch von 1852.

Preußisches allgemeines Landrecht. Teil II.

Protokolle der Strafgerichtskommission. Besond. Teil (autographiert). Berlin 1913.

Reform des Strafrechts: Kritische Besprechungen des Enturfs von 1919; Kritische Besprechungen des Entwurfs von 1925. Berlin 1919 und 1925.

Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Leipzig und Berlin 1928.

Sächsisches Strafgesetzbuch von 1855.

Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung. In: Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft.

Schäfer, Deutsche Strafgesetz-Entwürfe von 1909—1927. Mannheim 1927.

Stein, Die Einwirkung des neuen bürgerlichen Rechts auf das Anwendungsgebiet des § 289 RStGB. Dissertation. Nürnberg 1902.

Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz nach dem Stande von 1926.

Thilo, Anmerkungen zum badischen Strafgesetzbuch. Karlsruhe 1845.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. 1906—1909.

Vorentwurf zum Strafgesetzbuch mit Begründung. Berlin 1909.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch der zweiten Expertenkommission. 1916.

Vorentwürfe eines Strafgesetzbuches über Verbrechen und Vergehen und eines Uebertretungsgesetzes. Herausgegeben von den Kommentatoren für die Reform des tschechoslowakischen Strafgesetzbuches. Prag 1926.

Wilda, Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. Frankfurt a. M. 1900.

Zeitschrift „Gerichtssaal“ Bd. 34, 49, 77.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Bd. 5. Weimar 1884.